Vol. 9 / 2018 No. 2

Journal on European History of Law

9 772042 640001 01

STS Science Centre

The European Society for History of Law

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

Vol. 9 / 2018 No. 2

Editorial staff

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW:

JUDr. PhDr. Stanislav Balík, Ph.D.
Attorney at Law, Prague, Czech Republic
Prof. Dr. Barna Mezey
Faculty of Law, Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
Prof. JUDr. Jozef Beňa, CSc.
Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovak Republic
Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc.
Metropolite – University Prague, Czech Republic
dr hab. Piotr Fiedorczyk
Faculty of Law, University of Białystok, Poland
Alberto Iglesias Garzón, Ph.D.
Charles III University of Madrid, Spain
Prof. Dr.iur. Dr.phil. Thomas Gergen, MA
Institut Supérieur de l'Économie, ISEC Université Luxembourg
Prof. Dr. Gábor Hamza
Faculty of Law, Eötvös-Loránd-University Budapest, Hungary
Prof. JUDr. Ignác Antonín Hrdina, DrSc.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic
JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.
Faculty of Law, Westbohemia University, Plzeň, Czech Republic
Doc. dr. sc. Ivan Kosnica
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
izv. prof. dr. sc. Mirela Krešić
Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia
Prof. zw. dr hab. Adam Lityński
Faculty of Law, University of Silesia, Katowice, Poland
Doc. Dr. Olga Lysenko
Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Russia
Tony Murphy
Department of Law & Criminology, Sheffield Hallam University, UK
ao. Univ. Prof. Dr.jur. Christian Neschwara
Faculty of Law, University of Vienna, Austria
Doc. Dr. Dmitry Poldnikov
Faculty of Law, National Research University, Higher School of Economics, Moscow, Russia
Dr Dr Guido Rossi
Edinburgh Law School – University of Edinburgh, UK
Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
Dr. Gábor Schweitzer, Ph.D.
Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, Hungary
Adw. Ewa Stawicka
Attorney at Law, Warsaw, Poland
Dr. Magdolna Szűcs, Ph.D.
Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia
Doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.
Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic
Prof. Dr. Wulf Eckart Voß
Faculty of Law, University of Osnabrück, Germany

TABLE OF CONTENTS

Ronnie Bloemberg: The Development of the German Criminal Law of Evidence between 1750 and 1870: from the System of Legal Proofs to the freie Beweiswürdigung – Part 2 . . . 2
Malte Wilke: Recht und Macht in Verfahren gegen Hexen – Zugleich eine Untersuchung zur Entstehung des Inquisitionsprozesses . . . 23
Kamila Staudigl-Ciechowicz: Die „Säuberung" der Universitäten 1938 am Beispiel der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät . . . 40
Felix Tilman Wnuck: Rechtspraxis im Protektorat Böhmen und Mähren. Eine Mikrogeschichte des Amtsgerichts in Brünn im Jahre 1942 . . . 50
Raluca Enescu, Leonie Benker: The Birth of Criminalistics and the Transition from Lay to Expert Witnesses in German Courts . . . 59
Konstantin Krakovsky: Russian Law Faculty in Prague (1922–1935) . . . 67
Sonja Pallauf: Der Weg von der „Donaumonarchie" zur „Republik Deutschösterreich" 1918 unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Staat und Ländern . . . 79
Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades: The Low-Empire Society in Diocletian's Legislation . . . 85
Dmitry Poldnikov: The Functional Method to Study the General Part of Contract Law in Historical Perspective: pro et contra . . . 92
Jacek Waldoch: Mikhail Gorchakov – the Viceroy of the Kingdom of Poland and his Actions towards the National Movement in 1861 . . . 100
Tomasz Dolata: Patent Legislation of the Kingdom of Poland from 1817 to 1867 . . . 104
Karol Dąbrowski: Die Distriktskammern, Deutsche Handelskammer für Polen, Handwerksinnungen, Handwerkskammern, Hauptgruppen, Industrie- und Handelskammern, kaufmännische Vereine, Landwirtschaftskammern und Zwangsverbände im Generalgouvernement – Forschungsmethodik . . . 110
Emese Újvári: Die Haftung und die Rechtsverhältnisse der Mitvormünder im römischen Recht . . . 116
Zsuzsanna Peres: Marriage Property Rights of the Hungarian Noble Women according to their Prenuptial Agreements . . . 125
Máté Pétervári: One Empire and Two Ways of Public Administration: The Second Level Administrative Division in Austria-Hungary . . . 133
Gábor Rokolya: Lawyers, Civil Law Notaries vs. Municipal Scriveners. A Particularity of Hungarian Legal History: the Private Activities of Scriveners . . . 140
Zsanett Szabó: Legal Practice concerning Counterfeiting as a Crime in Hungary in the Age of Neoabsolutism (1849–1861) . . . 148
Zoltán J. Tóth: The Regulation of Criminal Defamation and Insult in Hungary between 1880–1979 . . . 156
Kinga Rigó: Ein Vergissmeinnicht in der ungarischen Rechtsgeschichte – erster Entwurf von József Eötvös . . . 162
Adam Boóc: Remarks on the New Hungarian Act on Arbitration from a Historical-comparative Perspective . . . 166
József Pallo: The First Correctional Legislation and Codification Following the Regime Change in Hungary . . . 176
Jiří Bílý: Some Notes on Cicero's Plea on behalf of Caecina. Conclusions and Ways Out . . . 181

BOOK

Diemut Majer, Wolfgang Höhne: Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 – Teil III . . . 185

BOOK REVIEWS

Joachim Rückert: Unrecht durch Recht. Zur Rechtsgeschichte der NS-Zeit . . . 203
Tommaso Beggio: Paul Koschaker (1879–1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition . . . 204

REPORTS FROM HISTORY OF LAW

Universitätsprofessor Dr. Elmar Wadle 80 Jahre . . . 209
1918: Untergang der Monarchie und Entstehung der Republik – eine Buchanzeige . . . 209

ANNEX: DAS UNTERSCHIEDLICHE UND DAS VERBINDENDE

Eszter Cs. Herger: „Das Unterschiedliche und das Verbindende". Konferenz der Dezső-Márkus-Forschungsgruppe für Vergleichende Rechtsgeschichte in Pécs (22.-23. März 2018) . . . 212
Andrzej Dziadzio: Vertragsfreiheit in der Donaumonarchie. Das Gesetz für Galizien über das Wucherverbot . . . 216
Eszter Cs. Herger: Die Bedeutung des vertraglichen ehelichen Güterrechts in der Modernisierung des ungarischen Privatrechts . . . 223
Patrícia Dominika Niklai: Die Modernisierung des Volksunterrichts in Ungarn. Umsetzung des Gesetzes über den Volksunterricht im Komitat Baranya nach 1868 . . . 231
Orsolya Falus: The Antecedents of Civil Modernization. A Historical Example of Freedom of Religion during the Turkish Occupation in Hungary . . . 236
Krisztina Korsósné Delacasse: Der Betrug in der ungarischen Strafrechtskodifikation an der Schwelle des 19. Jahrhunderts . . . 240
Marian Małecki: Transformations of the Habsburg Monarchy Based on Relics of Legal Culture in Galicia . . . 247
Yuko Shimada: Modernisierung der japanischen Beschäftigungspraxis. Hatte der Westen einen Einfluss darauf? . . . 256
Dan Sato: Die Rechtsmodernisierung in Japan. Unter besonderer Berücksichtigung der mitteleuropäischen Einflüsse . . . 260
Marcin Kwiecień: Habsburgische Verfassungsentwürfe vom Ende des 18. Jahrhunderts. Das Großherzogtum Toskana und die galizische Charta Leopoldina . . . 266
Kinga Császár: The Constitutional Rights of Women and the Objectives of the Hungarian Women's Movements (1867–1918) . . . 273

Guidelines for authors . . . 278

JOURNAL ON EUROPEAN HISTORY OF LAW

© 2018 STS Science Centre Ltd.

All contributions / papers are subject to a peer-review. The journal is indexed in SCOPUS and ERIH PLUS.
All rights reserved. Neither this publication nor any part of it may be reproduced, stored in a retreival system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior permission of STS Science Centre Ltd.. Published semiannually by STS Science Centre Ltd. „Journal on European History of Law" is a registered trademark of STS Science Centre Ltd.
Issued twice a year.

Printed in the EU.

ISSN 2042-6402

The Development of the German Criminal Law of Evidence between 1750 and 1870: from the System of Legal Proofs to the freie Beweiswürdigung – Part 2

Ronnie Bloemberg[*]

Abstract

In this article a description is given of the development of the criminal law of evidence between 1750 and 1870. This period saw the transition from a relatively rigid system of legal proofs which predetermined when there was sufficient evidence for a condemnation, to a system based on the free evaluation of the evidence by either professional judges or lay jurors. The reform of the criminal law of evidence, furthermore, formed part of a more general reform of the criminal procedural law which is commonly designated as the change from the old 'inquisitorial procedure' to the modern 'reformed criminal procedure' (reformierte Strafprozess) or Anklageprozess. It is the central contention of this article that the reform of the criminal law of evidence can, to an important extent, be explained by two larger underlying ideological changes. These new ideas derived from a change in the epistemological and the political-constitutional discourses between the seventeenth and nineteenth centuries.

Keywords: *Criminal law of evidence; free evaluation of the evidence; eighteenth and nineteenth centuries; freie Beweiswürdigung.*

4. The German discussion between 1812 and 1848

During the second phase the foundations were laid for the *reformierte Strafprozess*. Eventually, in the late 1840's a large part of the professional jurists argued for the introduction of a public, oral trial with a public prosecutor and the free evaluation of the evidence by either professional judges or lay jurors. The reforms of 1848 were not just a sudden reception of the French reform ideals in a revolutionary period in Germany. It was the fruit of a long process of contemplating and discussing the French reform ideals and the merits of the existing system of legal proofs. The rather complex development of the German discussion during the second phase will be treated in this section in four subsections. The first subsection describes the development of the debate between 1812 and 1820. In this period the first important reflections occurred on the French revolutionary reforms and the first works appeared discussing the jury system and the free evaluation of the evidence.

The second subsection describes the period from 1820 until the 1840's. In this period two groups dominated the discussion: those in favour of the jury system and those in favour of a negative system of legal proofs with professional judges. The third subsection focuses on the developments in the juridical literature in the 1840's. In this period the proponents of either a jury system or a system of negative evidentiary rules still dominated the discussion, but now for the first time proponents emerged of the free evaluation of the evidence by professional judges. In the first three subsections the discussion on the criminal law of evidence is still treated in relative isolation from the political background and the overarching criminal procedural context. Finally, in the fourth subsection the connection between the criminal law of evidence and the political and procedural context will be described, and how the reforms were eventually given shape during the revolutionary period of 1848 and 1849.

4.1 The first reflections on the jury system 1812-1820

The second decade of the nineteenth century saw the appearance of two important works on the jury system, which too a large extent shaped the discussion in the German territories in the following thirty years. One work was Feuerbach's *Betrachtungen über das Geschworenengericht* (1812), which was the first extensive treatise on the jury system in the German territories. The second work was the report of a committee called *Der Rheinischen Immediat-Justiz-Commission* (1819), which was given the task to investigate whether the French criminal procedural law should remain in force in the Prussian territories on the left-bank of the Rhine. Although Feuerbach was not principally opposed to a jury system, his highly critical treatment of especially the French version of the jury system provided many strong arguments against the jury system in general. The opponents of the jury system would in the following decades take over many of his ideas in their argumentations against a jury system. Feuerbach argued that in considering the merits of a jury system two viewpoints needed to be strictly separated: the political perspective and the 'technical' perspective of the criminal law. This was a distinction which would be followed by many later authors.[1]

* drs. Ronnie Bloemberg, LLM., University of Groningen, Netherlands.

1 Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 6-10.

Feuerbach

From the political perspective, Feuerbach argued that the jury system was an important guarantee for civil liberty in democratic and 'constitutional' states, but not in states where the entire sovereignty rested in the monarch. According to Feuerbach, the essence of a democratic state demanded that not professional judges but representatives of the people judged. In the constitutional or 'mixed' state – which Feuerbach saw as a state based on the principle of Montesquieu of a separation of powers where the sovereignty was shared between the monarch and one or more representative organs – the jury was necessary to guarantee an objective judiciary. Feuerbach explained that in the German states, where in his conception mostly absolute monarchies existed, the jury system did not fit in the political system. All the sovereignty rested with the monarch and the jury system could not provide any real protection against his will in any case. Feuerbach argued that in the monarchical state, independent professional judges who were appointed for life were a more appropriate solution because they could better safeguard civil liberty than jurors.[2]

Feuerbach's critical evaluation of the juridical-technical aspect of the jury system was focused on the way it was given shape in France. His two main criticisms were directed against the typically French idea that a strict separation could be made between the question of fact and the question of law, and against the French conception of the *conviction intime*. The presupposition that the questions of fact and law could be easily distinguished was instrumental in the idea of the French reformers that a strict separation of powers could be realised within the judicial branch. Supposedly, the jurors would decide on the question of fact using their common sense and then the professional judge would simply subsume the proven facts under a certain criminal law and apply the correct punishment. Feuerbach did not agree with this view and argued that a clear separation between the question of fact and the question of law was normally impossible to make. The question of 'guilty or not-guilty' was principally a mixed question. The jury was always asked whether they deemed a fact proven which fell under a certain legal description. The jury, therefore, needed to decide whether the historical facts were true and if these facts fitted into the terms which the criminal law uses. This meant that the jury decided on the veracity of the facts and at the same time they had to interpret the meaning of juridical terms. Feuerbach was the first to sharply and convincingly argue that the distinction between the question of fact and the question of law was, therefore, largely illusory. This provided an important argument against the jury system, because it was very questionable whether untrained, lay jurors had the necessary knowledge to deal with these technical juridical questions.[3]

Feuerbach was, furthermore, very critical of the French theory of the *conviction intime*. As has been described in section two, several French revolutionaries described the formation of the internal conviction as the result of an 'unreasoned process of feeling the truth', and not as a reasoned process of weighing and analysing the evidence. Feuerbach criticized the idea that laymen had an 'instinct' to feel the truth, which automatically and unconsciously worked as the evidence was presented to them during an oral and public trial. He was highly sceptical of this kind of truth finding and argued that it did not give any guarantees for its veracity: "auch die lebendigste innigste Überzeugung, werde diese von noch so vielen Personen geteilt, ist darum keine Bürgschaft für ihre Wahrheit und Richtigkeit".[4] Instead of the French idea of a passive instinct for the truth, Feuerbach explained the distinction between the way in which the 'juridical-technical' evaluation and the lay evaluation of the evidence worked in the following way:

„Bei jenem ist sich der Verstand seiner Gründe bewusst, nicht bei diesem. Hier urtheilt und schließt das Gemüht wie dort, bedient sich derselben Mittel, derselbe Materialien, um daraus seine Ueberzeugung zu bauen; aber er beobachtet nicht sein eigenes Thun, sieht nicht den Weg, den es nimmt, findet sich beim Resultate, ohne bestimmt zu wissen, wie? Fühlt sich durch Ueberzeugung gebunden, ohne zu wissen, warum? Das wissenschaftlichen gelehrte erkennen hingegen, geht von deutlicher Erkenntnis des Allgemeinen aus und findet aus dem Allgemeinen das Besondere… Die Erkenntnis des gemeinen Verstandes kommt übrigens mit dem Antriebe eines Instinctes allerdings darin überein, dass so wie sich dieser seines Wirkens nicht bewusst ist, so auch nicht jene des ihrigen".[5]

Through his argumentation – and his distinction between 'juridical-technical' and lay evaluation – Feuerbach helped to spread the idea that there existed a fundamental difference between jurors who were unconscious of how their own conviction came about, and professional judges who decided according to a conscious analysis and process of reasoning. He gave the impression that a choice had to be made between either jurors who judged by their freely formed conviction or professional judges who were bound by rules of evidence. Jurors supposedly could not work with rules of evidence and it was too dangerous to let professional judges decide without evidentiary rules. This dichotomized view, to which Feuerbach contributed, would dominate the discussion for the coming three decades and was shared by the proponents as well as the opponents of a jury system.[6]

Importantly, Feuerbach did acknowledge the argument of the French reformers that evidentiary rules could never prescribe when that degree of probability existed which would create a moral certainty for the judge of the guilt of the suspect in

[2] Feuerbach, P. J.A., *Betrachtungen über das Geschworenengericht*. Landshut, 1813, pp. 47-80.
[3] Ibidem, pp. 167-178. See also Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 8-14.
[4] Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, p. 135.
[5] Ibidem, pp. 122-123.
[6] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 17-18.

the individual case.[7] He, therefore, stated that the lawmaker was mistaken who tried to create general rules which precisely determined when the necessary level of certainty existed under which the judge had to condemn. However, the lawmaker could create general rules which prescribed a *minimum* standard of evidence which was necessary so that the judge did not solely follow his internal conviction:

„Die Beweistheorie eines Gesetzgebers, der von diese Gedanken ausgeht, wird daher mehr negative, als positive seyn; wird nicht sowohl bestimmen wo die Ueberzeugung zu suchen, als vielmehr wo sie nicht zu suchen ist; wird nicht an nakte allgemeine Regeln die Ueberzeugung binden und jene unbedingt von Gesetzeswegen gebieten, sondern innerhalb der sehr weiten Grenzen, welche das Gebiet der Wahrheit umschließen, dem eigenen Urtheil des Richters seinen gemessenen Spielraum lassen".[8]

The judge should only have to condemn when he was internally convinced of the guilt and when the minimum evidentiary requirements were met. The minimum evidentiary standards would create at least some guarantee that the judge did not follow a too easily acquired internal conviction. The idea of Feuerbach that only minimum evidentiary standards should be created clearly derived from the insight that the level of probability which was necessary in the individual case could not be determined in general rules and in the end needed to be left to the internal conviction of the judge. Feuerbach was the first to call this constellation – which was almost identical to the ideas of Filangieri – a 'negative system of legal proofs'. He acknowledged that beside fulfilling the minimum evidentiary requirements, the internal conviction of the judge was necessary for a condemnation. In the following decades this idea of a negative system of legal proofs became widely supported by the opponents of a jury system.[9]

Der Rheinischen Immediat-Justiz-Commission

After Feuerbach, the second significant work concerning the criminal law of evidence was the report from the *Rheinischen Immediat-Justiz-Commission*. The reason why the report was written, lay in the fact that the Prussian minister of Justice, Von Kircheisen, wanted to replace the French legislation in the newly acquired territories on the left-bank of the Rhine with Prussian law. Due to the opposition from the Rhine provinces it was decided that a committee would research whether the Prussian legislation should be introduced there. After two years the committee presented its report and recommended to let the French legislation remain in force at least until the Prussian legislation was reformed. The committee, which also contained Prussian members, had in the meantime become very positive about the jury system. Their argumentation in the report focused on the juridical-technical aspects and in many instances sought to refute the criticisms of Feuerbach against the jury system. Aware of the fact that the Prussian government saw the French procedural system as the result of revolutionary ideas, the committee downplayed the political importance of the jury system. They, nevertheless, refuted the political-constitutional idea of Feuerbach that the jury system could not function under a monarchy. A further significant non-technical argument that they presented for a jury system was that, unlike professional judges, the jury system had the trust of the people in the Rhine provinces.[10]

The two most important juridical-technical arguments in the report were directed against the usefulness of the system of legal proofs in general, and against the doubts cast by Feuerbach on the question whether jurors were capable of evaluating the question of fact. Regarding the latter argument, the committee agreed with Feuerbach that, to a certain extent, questions of fact could not be separated entirely from questions of law. However, when the laws were formulated clearly and in the vernacular, jurors should be more then capable enough to apply them on the basis of their normal common sense. Feuerbach had had too little confidence in the capabilities of jurors. Subsequently, the committee stated that lay jurors were often even more suited than professional judges to decide on questions of fact because they were better able to understand the vicissitudes of everyday life than the learned judge. The jurors did not have the unavoidable prejudices of a criminal judge who, through constant practice, would acquire a habit to find more evidence for the guilt than for the innocence of the accused. Furthermore, the committee remarked that it was unjust if citizens would be condemned on the basis of laws and for crimes which they themselves could not understand. The best proof that the accused should be able to understand the criminal laws lies in the fact that twelve of his peers were able to condemn him on the basis of these laws.[11]

The significance of epistemological ideas for the reform of the criminal law of evidence becomes particularly apparent from the report of the Prussian committee. The report started with a philosophical-theoretical explanation of why the system of legal proofs was untenable and the free evaluation of the evidence preferable. The committee denied that there was a qualitative difference between indicia, eyewitnesses or a confession. They all had the same effect and could only constitute differing

[7] Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, pp. 123-126. Feuerbach agreed with the French reformers that the necessary truth in criminal cases could only consist of a high degree of probability and that this could not be regulated in general laws: "Jede Historische Gewissheit, so wie die moralische, nach welcher wir über menschliche Handlungen entscheiden, *ist wie sie sehr richtig bemerken*, zuletzt aus bloßen Elementen der Wahrscheinlichkeit zusammengesetzt… Zwar giebt es eine Wissenschaft des Wahrscheinlichen… [aber] es giebt keine Wissenschaft, welche die Elemente der Gewissheit auch nur einfach, geschweige in ihren Mischungen und unendlichen Zusammensetzungen darstellen, und im Allgemeinen bestimmen könnte, wo die Gewissheit, wo die Wahrscheinlichkeit zu finden [ist]". Characteristic for Feuerbach's rhetoric he concludes that „Im Voraus die Beweise und die Kraft bestimmen, welche sie für den Verstand des Richters haben sollen, ist nicht vernünftiger als der Plan, den Ozean der Natur in einen Eimer zu fassen. Solche Gesetze sagen immer zu wenig und zu viel, sind entweder zu eng oder zu weit".

[8] Ibidem, pp. 123-133.

[9] Küper, W., *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*. Berlin, 1967, pp. 139-42.

[10] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 19-27.

[11] Ibidem, pp. 24-30.

degrees of probability, never a complete certainty. Every historical proof formed merely a 'Kette von Vermuthungen' (a chain of probable conclusions), which in the end were always dependent on and constituted by the concrete evaluation of the judge. From all forms of evidence probable conclusions still needed to be drawn so that the distinction between artificial, indirect and 'natural', direct forms of evidence was based on thin air. The committee denied that it was possible to determine the level of certainty necessary for a condemnation in *a priori* evidentiary rules. They stated that the decision if certain facts were proven in a criminal case could solely rest on a 'historische Überzeugung', which was based on elements of probability. Mathematical demonstrability could never be reached. For this reason they stated that only the internal conviction of the judge or jurors – which was based on probable conclusions drawn from the existing evidence – could form the foundation for a condemnation. A further important deficit of the system was legal proofs was that it could never do justice to the concrete circumstances of a criminal case. Because there are an endless variety of different facts which can create differing degrees of probability according to the circumstances, it was impossible to predetermine the force of different forms of evidence in abstract rules. The 'historische Überzeugung' could always only be the effect of an individual evaluation of the particular facts.[12]

According to the committee, a system of evidentiary rules was merely obstructive in the process of truth finding and did not effectively bind the judge because even evidentiary rules eventually always relied on the evaluation of the judge and his internal conviction. The question, for example, whether a confession or the testimony of a witness was reliable and if it sufficiently proved the crime always relied on the internal conviction of the judge. The guarantee against arbitrariness which the system of legal proofs supposedly provided was, therefore, illusory. The system of legal proofs was built on the mistaken presupposition that evidentiary rules could in general prescribe when sufficient certainty existed for a condemnation as if they were mathematical formulas. The committee also criticized Feuerbach's idea of a negative evidentiary system. They stated that it was a half measure and that it was contradictory to on the one hand give such a central role to the internal conviction of the judge, but on the other hand still distrust the judge so strongly that he needed to be bound by minimum evidentiary standards. The committee did agree with Feuerbach that only jurors and not professional judges could be trusted enough to judge after their freely formed internal conviction.[13]

Importantly, like Feuerbach the committee contributed to the idea that there was a fundamental difference between the way jurors and professional judges decided on the evidentiary question. In the view of the committee, the judge who was bound by the system of legal proofs worked in an analytical manner. He had to consciously individualize the different forms of evidence and then categorizes them according to the objective rules. The lay juror, deciding after his internal conviction, did not work in this way and did not atomize the different forms of evidence in front of him. In a more unconscious manner, the interplay of all the forms of evidence presented in a public, oral trial, would constitute in the mind of the juror a *Totaleindruck* or *Totalanschauung*. The orality or 'immediacy' of the evidence was deemed a necessary prerequisite for a jury system, because the jurors needed to get a direct and complete impression of the suspect and the witnesses. Supposedly, the *Totaleindruck*, and thereby the internal conviction, of a juror was formed by an 'unmittelbare Sinnesanschauung' of all the different forms of evidence during the trial, while a judge rationally reflected on the individual forms of evidence presented in writing. The committee emphasized that for judging on the basis of this *Totaleindruck* no special juridical knowledge was necessary, only a normal common sense.[14]

The idea that jurors decided on the basis of an internal conviction formed by a more unreasoned *Totaleindruck*, became a commonly held view in the juridical discussion in the following three decades among proponents as well as opponents of the jury system.[15] Even though this German idea of a *Totaleindruck* emphasized less than the French idea of the *conviction intime* the element of a 'feeling' or instinct for the truth, it also saw the formation of the internal conviction as a largely unreasoned process of which the jurors could give no rational account. This German view of how the jury system functioned was inspired by and showed strong similarities to the French idea of the *conviction intime*. As Glaser stated – although there were nuances –, in the German as well as in the French conception there was a tendency to understand the internal conviction as "einer orakelhaften moralischen Überzeugung".[16] Schwinge cites the view of Zentner in a treatise, published in 1834, which very well exemplifies this idea of the *Totaleindruck*. Zentner stated on jurors that:

„der gemeine gesunde Menschenverstand findet die Wahrheit nicht, wie der wissenschaftlich gebildete verstand, durch Zergliederung und Vereinzelung der Begriffe; sie offenbart sich ihm durch den unmittelbaren Eindruck der äußeren Gegenstände, der Verhandlungen auf sein Gefühl, dessen Reinheit und Richtigkeit ihm in der Evidenz stärkere Gewissheit gewährt, als dem wissenschaftlich Gebildeten die Prüfung jedes einzelnen Momentes an den abstrakten Regeln der Schule und der Theorie. Der einfache, natürliche Verstand, verbunden mit dem unverbildeten Gefühl, fasst das Ganze richtiger in der Totalanschauung auf, als in einzelnen, zersplitterten, ihm besonders vorgehaltenen Punkten, weil er die Handlungen leichter und besser versteht, als die abgezogenen Begriffe".[17]

[12] Landsberg, *Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz Kommission*, pp. 122-144.
[13] Ibidem, pp. 130-144.
[14] Landau, P., "Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870", in: Padoa-Schioppa, A. (Hrsg), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*. Berlin, 1987, pp. 281-282.
[15] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 85-87.
[16] Glaser, J., *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*. Leipzig, 1883, pp. 17-20.
[17] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 85-87.

Lastly, an important conclusion of the committee was that extraordinary punishments and alternatives such as 'security measures' should be entirely abolished. Either the jury was convinced that the suspect was guilty and he should be punished with the ordinary punishment or the jury was not convinced and the suspect should be acquitted. There should be no middle way.[18] The internal conviction hereby became the sole and definitive criterion for the question whether someone was guilty or not. In the view of the committee there should be no more gradations in between which could justify an *absolutio ab instantia* or an extraordinary punishment.

4.2 The discussion on the criminal law of evidence between 1820 and 1840

The work of Feuerbach and the report of the Prussian committee shaped the contours of the discussion in the following decades in a significant manner. They helped create the dominant view that there was a qualitative difference in the way that lay jurors and professional judges evaluated the evidence. Jurors supposedly decided on the basis of their *Totaleindruck* in a manner which could not be rationally reconstructed, while judges as trained jurists reasoned in an analytical way where they individualized the different forms of evidence and fit them into general evidentiary categories. This idea of a qualitative difference inspired the strongly dichotomized view in the following decades that it was a choice of either or. The discussion between 1820 and 1840 became dominated by the proponents of a jury system on one side and the proponents of a negative system of legal proofs in combination with professional on the other side. Supposedly the free evaluation of the evidence could only coexist with a jury system and evidentiary rules only with professional judges. In his *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mundlichkeit der Gerechtigkeitspflege* (1821-1825) Feuerbach further contributed to this idea and warned for the danger that if the evidentiary rules would be abolished the judge would necessarily start to act as a juror who gave his judgment on the basis of his *Totaleindruck* without motivation or the possibility of appeal. This he stated, was a very dangerous situation for civil liberty.[19]

The supporters of a jury system

After the works of Feuerbach and the report of the Prussian committee, in a short time until 1825 a great number of treatises and articles were published on the question whether a jury system should be introduced. Then the interest subsided for some time until after 1840 the question returned to the centre of attention. In the period of 1820 until 1840, two main groups can be distinguished who most ardently pleaded for the introduction of a jury system. Firstly there was the group that can be described as the 'constitutional-liberals' who wanted a jury system on the basis of predominantly political-constitutional motives. Secondly, there was the group of Hegel and his followers who pleaded for a jury system on the basis of his philosophical ideas.

The authors belonging to the first group argued for a jury system following the political ideals of the French reformers. This group of 'liberals' wanted the jury system on the basis of essentially two reasons. Firstly, it would create a division of power within the judicial branch and would thereby diminish the possibility of judicial arbitrariness. This was especially desirable because, unlike professional judges, jurors could be trusted to be impartial and unbiased. Secondly, a jury system would create an element of democratic representation in the judicial system. The people would judge themselves. Besides these political-constitutional motives, the liberals used the substantive criticisms against the system of legal proofs that can be found in the report of the Prussian-Rhenish committee and the French reform literature. This group wanted a complete reform of the criminal procedural law consisting of the introduction of a jury system and a public, oral trial with a public prosecutor. They were highly critical of the secret, inquisitorial procedure and distrusted the professional judges. According to Schwinge, this group was largely repetitive in their argumentation and added almost nothing new.[20] Nevertheless, throughout the second phase they formed a very important and vocal group who defended a radical reform of the criminal procedural law and offered criticisms which tore at the foundations of the system of legal proofs.

The second group demanded a jury system on the basis of Hegel's ideas. Hegel himself had argued very originally in his *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) that a jury system was preferable, because only a jury could ensure "das Recht des Selbstbewusstseins der Partei" in a criminal trial. He was against any utilitarian conception of punishing because it made a means out of a person instead of respecting him as a rational and free human being. For this reason he did not want the accused to stand as a mere object of investigation before a professional, inquisitorial judge. An accused needed to have trust in the persons who judged on the facts and this trust could only be based on the fact that the jurors were free men and equals of the suspect. Only 'Standesgleichen' that judged the accused could guarantee "das Recht des Selbstbewusstseins der Partei". The fact that the accused trusted the jurors to judge over him legitimized this system, while against professional judges the accused would stand in a relationship of serfdom. Two important followers of Hegel who pleaded for the jury system were Gans and Köstlin. In general Landau states that the Hegelian argumentation for a jury system found relatively little resonance.[21] Nevertheless, it provided added legitimation to the proponents of a jury system that such an influential philosophical current seemed to support their demands.[22]

[18] Landsberg, *Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz Kommission*, pp. 144-169.

[19] Feuerbach, P. J.A., *Betrachtungen über die Öffentlichtkeit und Mundlichkeit der Gerechtigkeitspflege, vol. 1*. Giessen, 1821-1825, p. 76.

[20] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 66-74.

[21] Landau, "Schwurgerichte und Schöffengerichte", pp. 251-254.

[22] In a similar manner, the large amount of literature between 1820 and 1848 which attempted to show that historically the jury system had Germanic roots and was not a 'foreign' institution, provided added legitimation to the proponents of a jury system. These ideas would never form the main reason for the introduction of a jury system, but they did provide a significant additional support to the political-constitutional ideals. For the German discussion on the historical origins of the jury system, see Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 38-43 and 92-97.

The proponents of a negative system of legal proofs 1820-1840

There was now in the period between 1820 and 1848 a significant and vocal group who argued for a jury system in combination with the free evaluation of the evidence as an alternative for the system of legal proofs. This was an important new feature of the German discussion during the second phase. Many of the proponents of a jury system were politicians or journalists who desired the jury system predominantly on political-constitutional grounds (although there were also practicing jurists among them). Nevertheless, according to Schwinge, within the more 'scientific-juridical discussion' a clear majority of the authors remained against a jury system.[23] The mainstream of the German authors in the juridical discussion wanted to retain some form of the system of legal proofs and continued to discuss the topics that were under discussion in the first phase between 1750 and 1812. Namely, whether judges should be allowed to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia and if the intermediate decision types should be abolished. Even though there was some continuity in the scientific-juridical discussion between the first and the second phase, there also emerged influential new ideas which changed the understanding of the system of legal proofs.

During the period between the 1810's and 1840 three important changes occurred in the 'scientific-juridical discussion' in comparison to the discussion in the first phase between 1750 and 1810. Firstly, many authors turned decisively against the use of extraordinary punishments and the so-called 'security measures' which often amounted to the same thing (although many authors were still in favour of retaining some form of an *absolutio ab instantia*). Secondly, it was increasingly accepted that condemnations should be possible on the basis of indicia. However, even though many authors now argued that condemnations should be possible on the basis of indicia they remained circumspect on this topic and did not want to leave the judge entirely free in the evaluation of indicia. Thirdly, a majority of the authors followed the ideas of, among others, Filangieri and Feuerbach, and became in favour of what was now described as a 'negative system of legal proofs'. It was argued by most authors that a positive system of evidentiary rules was untenable – among other reasons because the endless possible variety of indicia could not be adequately regulated – and that in the end the question whether sufficient evidence existed in the concrete case should be left to the internal conviction of the judge. The conviction of the judge thereby became a central and constitutive requirement for a condemnation while at the same it was argued that the evidentiary rules should be understood only as minimum evidentiary requirements. This constituted a highly important reinterpretation of the system of legal proofs.

The presupposition that there was a fundamental difference in the way jurors and professional judges operated, remained the dominant view in the 1820's and 1830's among proponents of a negative system of legal proofs as well as proponents of a jury system. However, this period also saw the emergence of a different understanding of the system of legal proofs and the jury system which challenged this dichotomy. In several influential treatises, a view started to be espoused which showed that there was in fact no essential difference in the way a judge or a juror decided on the evidentiary question. Through this new understanding the gap which was perceived between a jury system and professional judges, bound by evidentiary rules, would eventually become smaller and smaller. A significant break-through in the idea that the judge and jurors actually decided on the evidentiary question in a very similar manner can be found in the works of Jarcke and Mittermaier. Their work was also highly influential in their argumentation for a negative system of legal proofs and in undermining the idea that there was a qualitative difference between on the one hand indicia and on the other hand witness testimony and the confession.

The perceived difference between the way jurors and professional judges operated started to break down because on the one hand it was being argued that jurors in fact did not decide intuitively on the basis of a *Totaleindruck*, but like judges through a rational process of evaluating the evidence. On the other hand, a fundamental criticism against the system of legal proofs began to show that in the end the decision of the professional judge always depended on his internal conviction and not simply on analytically applying objective evidentiary rules. While the criticisms against the system of legal proofs increased, it was at the same time becoming more accepted that the evaluation of the judge was not so different from that of a juror. Although this was at first a minority opinion it would, from the 1840's onwards, become the dominant view.

A significant break-through in the idea that the judge and jurors actually decided on the evidentiary question in a similar way can be found in the works of Jarcke and Mittermaier. The first important work was Jarcke's article *Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise* (1825). It attempted to show that, contrary to the common opinion, there was no essential difference in the way jurors and professional judges decided on the evidentiary question. Jarcke started his treatise with the question 'what is truth'. He answered this question by following Kant and stated: "Die Wahrheit liegt in der Übereinstimmung der Überzeugung des urtheilenden Subjects mit dem erkannten Objecte".[24] As Küper explains, this statement was directed at what Jarcke saw as the two wrongful conceptions of what constituted truth in criminal cases. Firstly, it was directed against the presupposition underlying the system of legal proofs that the truth lay 'in der Sache selbst'; meaning that it was something which could be known *objectively* and *independently* of the judge himself and that it could be regulated in general rules. As stated in the definition of Jarcke, there could be no truth without the conviction of the person judging. Secondly, it was also directed against the idea of the supporters of the *conviction intime* that the truth was to be found solely in the internal conviction of the judging person. Because the internal conviction

[23] Ibidem, pp. 66-74.

[24] Jarcke, C.E., "Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Beziehung auf die außerordentlichen Strafen", in: *Neues Archiv des Criminalrechts*, Vol. 8, 1825, p. 98.

was only a 'subjektiven Fürwahrhaltens', it did not in itself give a guarantee for its veracity.[25]

Then, Jarcke came to the central question: what guarantee does someone have that his internal conviction corresponds with the truth (or "mit dem erkannten Objecte")? His answer was:

„Die einzige Garantie dafür kann nur in den *Gründen* liegen; sie kann namentlich nicht in der Überzeugung selbst liegen, sonst hätte der Mensch bei sich und bei Andern nur zu untersuchen, ob er oder ob der Andere überzeugt sey… Das Prüfen und Abwägen dieser Gründe ist aber ein Geschäft der Reflexion und folglich des Verstandes".[26]

Subsequently, Jarcke denied that there existed in this matter an essential difference between jurors and professional judges:

„Wollen die Geschworenen sich eine Überzeugung bilden, und eine Garantie für die Richtigkeit ihrer Überzeugungen haben, so stehen sie hierin… *dem deutschen Richter ganz gleich*. Sie müssen sich der Gründe ihrer Erkenntnis bewusst werden, diese einzeln prüfen und prüfen, ob dieselben in ihrer Gesamtheit zu einem Urtheil hinreichen Dies Alles ist ein Geschäft der Reflexion, demnach können die Geschwornen also die Gewissheit, dass ihr Urtheil richtig sey, nur durch Reflexion gewinnen".[27]

To summarize, for Jarcke the only guarantee that a conviction was true, lay in the grounds for the conviction. The acquiring of a conviction was necessarily the consequence of a reasoned process of reflexion on the all the forms of evidence in themselves and in relation to each other. In this respect the judge and the lay juror functioned exactly the same. He argued that the system of legal proofs should be seen as forming only a group of general logical rules which guided the judge in his rational process of evaluating the evidence. For Jarcke, the question whether a sufficient truth existed for a condemnation was in the end always dependent on the internal conviction of the judge or juror concerning the particular case.[28]

A further influential contribution to the insight that jurors and judges decided in a similar way came from Mittermaier, who by this time had become one of the most preeminent authorities on the criminal procedural law. It is striking in Mittermaier's *Lehre vom Beweise* (1834), that his language focuses not on objective qualities of different forms of evidence and when they could form a full proof necessary for a condemnation. Instead, his language concentrates far more on explaining how the evidence worked in the internal or mental process by which a judge became convinced. In the work of Mittermaier the development is particularly apparent of what Stichweh has called a *Mentalisierung des Beweisrechts*.[29] Mittermaier, for example, described how the different forms of evidence worked as "ein Kampf von Gründen für und wider eine Ansicht [in dem Gemüthe des Urtheilenden], und aus diesem Kampfe entwickelt sich erst die Ueberzeugung".[30] He constantly emphasized that the strength of any form of evidence was not something which could be determined *a priori*, but was always dependent on a chain of probable conclusions ('Kette von Vermuthungen') drawn by the judge in the particular case. Mittermaier, in short, treated the different forms of evidence in relation to the formation of an internal conviction.

Mittermaier stated that truth consisted of the correspondence of our conviction of something 'mit dem wirklichen Wesen desselben'. Like Jarcke, he argued against the idea that the truth required in criminal cases lay exclusively in the subjective conviction or that it was possible to determine in general objective rules when s sufficient certainty of a historical fact existed. The internal conviction was not something purely subjective, but rested on grounds and was therefore the result of a reasoned process: "Einen Zustand aber, in welchem unser Fürwahrhalten auf völlig befriedigenden Gründen berüht, deren wir uns bewusst sind, nennen wir Überzeugung".[31] In this respect professional judges and jurors functioned in a similar way and had to form their internal conviction on the basis of a reasoned process of weighing the grounds. He stated that it was a mistake to belief that jurors necessarily had to decide after an unreasoned subjective conviction. Even if this view underlay the French reforms, it did not belong to the essence of a jury system that jurors had to decide on the basis of a purely subjective conviction. To substantiate this claim, he also referred to the fact that the English jurors did follow a 'law of evidence', which consisted of evidentiary rules which had developed over a long time.[32]

Beside his insight that jurors and judges decided on the evidentiary question in essentially the same manner, Mittermaier also took a crucial step which undermined the foundation of the system of legal proofs. This step consisted of the fact that he convincingly argued that there was not a qualitative difference between indicia and the so-called 'direct' forms of evidence such as the confession and witness testimony. In close resemblance to the argumentation of the *Rheinischen Immediat-Justiz-Commission*, Mittermaier stressed throughout his essay that every form of evidence could only provide links in a chain of probable conclusions. All forms of evidence created qualitatively the same kind of certainty and indicia were, therefore, just as capable of creating a sufficient degree of certainty as other forms of evidence. He refuted the distinction between indicia as indirect evidence, and witness testimony and the confession as direct evidence. In fact, witness testimony and the confession themselves only provided indicia, because from this testimony the judge still

[25] Küper, *Die Richteridee*, pp. 222-223.
[26] Jarcke, "Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise", pp. 100-103.
[27] Ibidem, pp. 103-104.
[28] Küper, *Die Richteridee*, pp. 222-230.
[29] Stichweh, "Zur Subjektivierung der Entscheidungsfindung", p. 285. Stichweh stated on this development: "Es geht nicht mehr um die Präsentation der gesetzlich festgelegten Beweismittel und die dann ausgesprochene Anerkennung (oder die Verweigerung dieser Anerkennung), dass die Beweismittel den Bedingungen der gesetzlichen Beweistheorie genügen… Stattdessen beobachten wir eine Verschiebung der für den Beweis relevanten Bestimmungen und Unterscheidungen in den Bereich einer *Semantik mentaler Operationen*".
[30] Mittermaier, *Lehre vom Beweise*, p. 60.
[31] Ibidem, p. 70.
[32] Ibidem, pp. 109-114. See also Küper, *Die Richteridee*, pp. 222-224.

needed to make probable conclusions concerning the question whether the testimony was trustworthy and if the testimony actually sufficiently proved the criminal fact:

„Es ist ein Irrthum zu glauben, dass die Beweismittel, durch welche wir den natürlichen Beweis begründen zu können meinen, Augenschein, Geständniss oder Zeugniss, nur auf der sinnlichen Erwiederung beruhen und für uns nun dadurch überzeugend werden, dass wir dem Zeugnisse unsrer Sinne trauen. *Es ist überall nur eine Kette von Vermuthungen, worauf wir unsere Ueberzeugung bauen*".[33]

Because it was still necessary with any form of evidence that the judge drew probable conclusions from them, the question whether sufficient evidence existed for a condemnation was in the end always dependent on the internal conviction of the judge. The fact that with witness testimony and the confession everything in the end also depended on the reasoning and the perception of the judge, furthermore, implied that the protection of the system of legal proofs against judicial arbitrariness was largely illusory.[34] For Mittermaier the necessary foundation of every condemnation had to be the internal conviction of the judge. In 1834 Mittermaier was, nevertheless, not prepared to give up evidentiary rules all together and wanted to retain a negative system of legal proofs as a guarantee against judicial arbitrariness. He conceived of these evidentiary rules more as guidelines which should only provide minimum standards and never force the judge to decide against his internal conviction. Lastly, Mittermaier also made a more absolute distinction between guilty and not-guilty. He argued that all intermediate decision-types such as extraordinary punishment, security measures and the *absolutio ab instantia* should be abolished. The judge was either convinced or he was not.[35]

Conclusion

Küper remarks that the increasing recognition of the possibility to condemn on the basis of indicia and the support for a negative system of legal proofs as envisioned by, for example, Mittermaier and Jarcke had so strongly approached a system based on the free evaluation of the evidence that it was reduced to a mere gradual difference.[36] The treatises of Jarcke and Mittermaier in this respect represented relatively 'progressive' views in the 1820's and 1830's, but were part of a broader change wherein the idea of a negative system of legal proofs gained more and more ground. According to Schwinge as well, a negative theory of proof in one way or another had become generally accepted in the juridical literature by the start of the 1840's.[37]

Unlike, for example, Globig and Huster who believed that the existence of the necessary moral certainty could be regulated in general evidentiary rules, most authors now presumed like Filangieri that the criterion for the existence of moral certainty was to be found primarily in the 'moral' or internal conviction of the judge. The internal conviction became the central hinge on which everything depended in the criminal law of evidence. As Michels stated on the old view in the eighteenth century: "die Beweiskraft eines Beweismittels [beruhte] nicht sowohl auf dessen Überzeugungskraft für den Richter als vielmehr auf bestimmten, isoliert vom Bewertungsakt des Richters vorgestellten Qualitäten des Beweismittels selbst".[38] With the new central role for the internal conviction, however, it became the other way around. The strength of forms of evidence was seen as essentially dependent on their 'Überzeugungskraft für den Richter', and not on predetermined general qualities of the forms of evidence themselves. All forms of evidence provided merely chains in a 'Kette von Vermuthungen', which in the end were always dependent on the concrete evaluation of the judge.

The change was clear in the work of Jarcke and Mittermaier who argued that the internal conviction of the judge was the decisive foundation for every condemnation, while the evidentiary rules were perceived by them more as guidelines which should only negatively bind the judge. It also became the dominant view in the juridical literature in the period between 1820 and 1840. As Küper observed, however, in general the acceptance of a negative theory of proof in this period did not so much occur as a conscious formulation of a new theory or a legislative change, but was more the consequence of a reinterpretation of the role of the internal conviction of the judge and of the system of legal proofs in practice and in the juridical literature:

„vielmehr bedingt durch die Art und Weise, wie Gesetzgebung und Wissenschaft bei der Formulierung und Auslegung

---

[33] Mittermaier, *Lehre vom Beweise*, pp. 402-403 and 435-437. Mittermaier, furthermore, stated against those who deemed it impossible to create a full proof from indicia: „Alle diese Gründe verlieren aber ihr Gewicht, wenn man den Irrtum der Voraussetzungen, von welchen die Gegner ausgehen, näher betrachtet. Sie setzen nämlich einen schroffen Gegensatz von Gewissheit und Wahrscheinlichkeit in der Art voraus, dass Gewissheit nur durch Gründe entstehen könne, welche sich auf sinnliche Evidenz stutzen. Wir erinnern aber an unsere oben gelieferte Entwicklung, nach welcher die Gewissheit jener Zustand von Überzeugung ist, in welchem Jemand aus einem Zusammenhang von Gründen, die die Gründe für die Annahme des Gegenteils ausschließen, eine gewisse Tatsache für wahr hält. Wir erinnern zugleich an die Ausführung über die Quellen der Gewissheit, wo wir gezeigt zu haben glauben, dass wir nicht unseren Sinnen, sondern nur dem Resultate der Verständigen auf gewisse Schlüsse gebauten Prüfung des Ergebnisses der Sinnen trauen, so dass jener schroffe Gegensatz, nach welchen wir in einigen Fällen nur auf sinnliche Evidenz und in anderen Fällen nur dem Zusammentreffen von Schlüssen trauen, irrig ist".

[34] Ibidem, p. 67. Importantly, Mittermaier also acknowledged that the question if and when a judge would be internally convinced, was unavoidably dependent on the personality of the person judging: "Allein mit Unrecht würde man das wahre Verhältnis verkennen… dass überall, wo eine Person über die Wahrheit zu urteilen hat, es zugleich die Individualität dieser Person ist, welche die Überzeugung begründet. Diese Person ist es, welche die Einzelheiten, auf welchen der Beweis beruht, zu betrachten, mit einander zu verbinden, daraus die Schlüsse abzuleiten und nach der Vergleichung aller für und wider streitende Gründe bei sich den Schluss über das Resultat der ganzen Geistesoperation zu fassen hat. Bei allen unseren Handlungen aber ist es immer unsere Persönlichkeit, unsere ganze Individualität, welche dabei tätig ist, und daher auch auf das Ergebnis unserer geistigen Operationen einwirkt".

[35] Ibidem, pp. 467-504.

[36] Küper, *Die Richteridee*, p. 231.

[37] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 74-76.

[38] Michels, *Der Indizienbeweis*, p. 144.

der gesetzlichen Beweiskriterien nunmehr die Überzeugung des Richters mitberücksichtigen, nahm die herrschenden Beweislehre immer deutlicher die Gestalt der sogenannten negativen Beweistheorie an, die zwar schon seit Feuerbach bekannt war, aber bisher nur sehr geringe praktische Bedeutung gehabt hatte".[39]

Similarly Mittermaier stated in 1845 on the negative theory of proof that "sie liegt jetzt, *als durch die Praxis und die Wissenschaft ausgebildet*, dem gemeinen Recht zu Grunde".[40]

Although the internal conviction of the judge had now acquired a far more central role, it has to be kept in mind that most authors still wanted to retain at least a negative system of legal proofs and were fearful of creating a truly free evaluation of the evidence by professional judges. Küper may be right that the negative system of legal proofs had strongly approached a system based on the free evaluation of the evidence, but there were as yet no authors in the 1820's and 1830's in Germany who were willing to allow a professional judge to decide on the basis of his freely formed internal conviction. The negative system of evidentiary rules was taken very seriously and was deemed absolutely necessary to prevent judicial arbitrariness.

The fear of a too free evaluation of the evidence by the judge can be seen especially well in the continuing discussion between 1820 and 1840 on the question whether judges should be allowed to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia. While the criticisms of the extraordinary punishments increased, it was clear that condemnations would instead have to become possible to the ordinary punishment on the basis of indicia if the extraordinary punishments were abolished. It was commonly recognized in the juridical debate that the use of indicia was indispensable for an effectively functioning criminal procedural law. The legislative committee of Baden, for example, argued that condemnations on the basis of indicia were unavoidable "wenn die Gesellschaft gegen den verstockten Verbrecher nicht Schutzlos sein soll".[41] Savigny similarly remarked in 1846 on indicia that "Ohne seine Zulassung müsste man fast auf die Handhabung der Kriminal-Justiz verzichten".[42] In short, the question of the indicia was perceived as a difficult predicament where a choice had to be made between either a relatively ineffective criminal law or the danger of a (too) large judicial discretion.

Michels states that even though a majority within the juridical debate started to accept the possibility to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia in the 1820's and 1830's, there were still many authors that remained highly distrustful of this form of evidence. Authors like Schede, Kircheisen, Siegen and Abegg still maintained that there was a qualitative difference between indicia and 'direct forms of evidence', and did not want to allow condemnations to the ordinary punishment on the basis of indicia. They stated that unlike witness testimony and the confession, indicia could not create certainty. Abegg, for example, stated in his *Lehrbuch des Gemeinen Criminal-Processes* (1833) that from indicia "nur eine für das Subject möglicherweise vorhandene, in der Sache selbst aber nicht existierende Wahrscheinlichkeit [hervorgehe]".[43] Furthermore, these authors also still argued that it was not allowed by article 22 of the CCC to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia.[44]

The fearfulness of allowing professional judges to condemn on the basis of indicia also existed among proponents of a jury system. It was an important and often repeated argument from their side that it was too dangerous to let professional judges decide on the basis of indicia and that only jurors could be trusted enough to do this. Schwinge, for example, cites Welcker (1840) – an influential liberal politician and proponent of a jury system – who stated in strong words that if professional judges were allowed to decide on the basis of indicia "d.h. nach ihrem subjektiven Meinen zu verurteilen, so gebe man ihnen damit die Ermächtigung zu Justizmorden".[45]

In short, the insights of, among others, Mittermaier and the *Rheinischen Immediat-Justiz-Commission* that there was no essential difference between indicia and other forms of evidence had certainly not yet become completely accepted, and there was as yet nobody who wanted to allow professional judges to decide on the basis of their freely formed internal conviction. Furthermore, there remained a strong distrust against indicia. This started to change, however, from the 1840's onwards. For the first time there appeared authors who took the bold step to propose to let professional judges decide on the basis of their freely formed internal conviction.

4.3 The development of the juridical discussion in the 1840's

The works of Mittermaier and Jarcke had refuted the common presupposition that a professional judge, who was left free to evaluate the evidence, would necessarily have to decide as a juror on the basis of an 'unreasoned' subjective conviction. They had argued that both jurors and judges in fact formed their conviction on the basis of a reasoned process of weighing the evidence. Furthermore, the works of Mittermaier and the Prussian-Rhenish committee had shown that there was no essential difference between indicia and other forms of evidence. Instead, from all forms of evidence probable conclusions

[39] Küper, *Die Richteridee*, pp. 229-230. The negative theory of proof was not introduced through new legislation, but this appears to have had much to do with the general failure to reform the criminal procedural law. The concept-ordinances which were made tended to explicitly take a negative theory of proof as their fundament. This was the case in, for example, the concept-ordinances of Prussia in 1828, Bayern in 1831 and Baden in 1835 and 1845, and Wurttemberg in 1843, which never acquired force of law. See Krieter, H., *Historische Entwicklung des „Prinzips der freien Beweiswürdigung" im Strafprozess*. Hildesheim, 1926, pp. 20-42.

[40] Mittermaier, *Handbuch des Strafverfahrens*, p. 535.

[41] Ignor, *Geschichte des Strafprozess*, pp. 252-254.

[42] Savigny, F. von, "Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse", *Goltdammers Archiv*, 1858, p. 488.

[43] Thäle, *Die Verdachtsstrafe*, pp. 224-225.

[44] Michels, *Der Indizienbeweis*, pp. 134-162.

[45] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 82-83.

still needed to be drawn which in the end depended on the evaluation of the judge or juror. In this respect, the supposed guarantees of the system of legal proofs appeared to offer only a very limited protection. These insights opened the door to consider to allow professional judges to decide on the basis of their freely formed internal conviction. Although Mittermaier himself did not yet draw this conclusion and wanted to retain negative evidentiary rules, this conclusion started to be drawn in the 1840's and became accepted rather quickly in the period after 1848.

One of the first to plead for the introduction of the free evaluation of the evidence by professional judges in the German territories was Möhl in his articles *Über das Urtheilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie* (1842) and *Über die Wertlosigkeit einer gesetzliche Beweistheorie* (1844). In these works he seems to have been strongly inspired by Bentham and Mittermaier, who are quoted many times. Möhl argued that in a public, oral trial, the system of legal proofs was not only unnecessary, but it was even counterproductive and should be abolished. He remarked that in criminal cases mathematical certainty could never be reached, only *geschichtiche Gewissheit*. Like Mittermaier, Möhl stated that this historical certainty was constituted by the internal conviction of the judge which rested on grounds and always remained 'mehr oder weniger subjektiv'. The only purpose of a negative theory of proof could be to legally prescribe certain general *Vernunftwahrheiten* and rules of experience which bound the judge in his evaluation. This, however, offered little guarantees against judicial arbitrariness and was in fact counterproductive because it was impossible to determine in general rules "wann und wie weit man einem Beweismittel Glauben schenken oder an dessen Glaubwürdigkeit zweifeln solle… Nur die Individualität des einzelnen Falles kann über die Momente der Beweiskraft der Beweismittel entscheiden.[46]

Möhl argued that it was impossible to state beforehand that a certain group of witnesses was in general untrustworthy, just as it was impossible to determine in general when witness testimony provided sufficient certainty for a condemnation. This impossibility was even more apparent in the vain attempts to regulate the complex matter of indicia. Evidentiary rules could never do justice to the complexity of the individual case and always said either too much or too little. Inherently, even under the negative system of legal proofs, evidentiary rules on occasion forced judges to decide against their internal conviction. Möhl did not deny that the judge had to follow rules of logic and of experience in his evaluation, but he argued that they should not be prescribed in binding legal rules. Instead, the judge should only have to follow a non-binding scientific theory of proof, of which it lay in his discretion how he applied it in the individual case. Möhl stated that it was necessary to put more trust in the person of the judges: "Das Richteramt ist nothwendig ein Fideicommissum, dem Wissen und Gewissen des Richters (religioni judicantis) ist das Meiste überlassen".[47]

Importantly, Möhl argued that the guarantees against judicial arbitrariness should not be sought in evidentiary rules, but in the introduction of a public, oral trial, the obligation to motivate the verdict and in the possibility of appeal. These measures were, according to Möhl, far more capable of ensuring impartial and objective judgements than any system of evidentiary rules. Möhl was one of the first to seek a guarantee against judicial arbitrariness in the motivation of the verdict. The reason he could find a guarantee in stating the grounds for a decision was the fact that he – like Jarcke and Mittermaier – did not think that the judge would automatically decide on the basis of an unreasoned *Totaleindruck* if the evidentiary rules were abolished. Because the internal conviction was based on a reasoned process, the judge should be able to explain the grounds for his decision for which he could then be held accountable.[48]

Möhl was soon followed by a number of authors who pleaded for the free evaluation of the evidence by professional judges on similar grounds. Like Möhl, they deemed the system of legal proofs to be untenable and thought that better guarantees could be found in the introduction of a public, oral trial, and the obligation of the judge to motivate his verdict. Küper mentions the treatises of Hayen (1843), Foelix (1843), Höpfner (1844) and Wächter (1845), who argued for the free evaluation of the evidence by professional judges.[49] An important plea for the introduction of the free evaluation of the evidence by professional judges can, furthermore, be found in a memorandum written by Von Savigny in 1846. The memorandum formed a reflexion on a Prussian ordonnance of 1846 which for the first time explicitly introduced the free evaluation of the evidence by professional judges and a public, oral trial with a public prosecutor in the German territories. This ordinance formed a ground breaking piece of legislation and can, according to Ignor, be considered as the *normative Geburtsstunde* of the free evaluation of the evidence in Germany. The ordinance prescribed that the evidentiary rules were abolished and that from now on the judge had to decide if the suspect was guilty "nach seiner freien, aus dem Inbegriff der vor ihm erfolgten Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung".[50] The words of this prescription have remained virtually unchanged in the present German criminal procedural legislation.

Although Von Savigny was the Prussian minister of Justice at the time, he had almost no influence on the creation of this ordonnance. His memorandum was also not published in 1846 and was probably only read by a few higher officials in the

[46] Möhl, A., "Über das Urtheilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie", *Zeitschrift für Deutsches Strafverfahren*, 1842, pp. 282-291.
[47] Ibidem, pp. 289-294.
[48] Ibidem, pp. 296-304. As Schwinge stated, it is highly remarkable that almost no author until the 1840's considered the motivation of the judge in his verdict as a (sufficient) guarantee against arbitrariness if the system of legal proofs would be abolished. The reason was that the prejudice was too strong that the free evaluation of the evidence would automatically make of the judge a juror who decided on the basis of a *Totaleindruck* of which no rational account could be given. See Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 72-85.
[49] Küper, *Die Richteridee*, p. 235.
[50] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, pp. 263-280, p. 252.

Prussian ministry.[51] Nevertheless, it forms a revealing source for how the perception had changed of the system of legal proofs from one of the most influential German jurists in the nineteenth century. In 1858 the part of his memorandum was published which focused on the criminal law of evidence. Here Von Savigny first presented a thorough argumentation against the jury system. Subsequently he gave an oversight of the current state of the debate on the criminal law of evidence and explained why he was in favour of letting professional judges decide after their freely formed internal conviction. Like Jarcke and Mittermaier, Von Savigny denied that the abolition of the system of legal proofs would automatically mean that the judge would have to decide according to some subjective feeling:

„Daraus, dass die Beweisregeln nicht ein für allemal gesetzlich festgestellt werden, folgt noch nicht, dass die Richter überhaupt von der Verpflichtung entbunden werden, nach Gründen und Regeln zu urtheilen und hiervon Rechenschaft zu geben… Der unterschied zwischen Richtern mit und ohne gesetzlichen Beweistheorie besteht lediglich darin, dass in letzteren Falle dem Richter selbst die Auffindung und Anwendung der Beweisregeln, welche die allgemeine Denkgesetze, Erfahrung und Menschenkenntniss an die Hand geben, überlassen wird, während in ersterem Falle gewisse Beweisregeln schon durch das Gesetz selbst ein für allemal als unabänderliche Formeln festgestellt *und dadurch das Urteil des Richters gefesselt und derselbe gehindert wird, jeden Fall nach seinen Eigenthümlichkeiten zu beurtheilen*".[52]

With or without legally prescribed evidentiary rules, the judge essentially formed his conviction in the same way, following general rules of logic and experience. According to Von Savigny, the only difference was that a system of legal proofs inflexibly chained the decision of the judge to certain unchangeable *a priori* prescriptions of what constituted a full proof, which prevented him from doing justice to the concrete circumstances of the individual case. Subsequently, in a crucial passage which touches the heart of the problem, Von Savigny explains why it was impossible to codify when sufficient evidence existed for a condemnation and when the judge should be convinced of someone's guilt in the individual case:

„Die Regeln, wonach der reflektirenden Verstand sein Urtheil bildet und die sich andrängende Meinung prüft, beruhen auf Sätzen der Erfahrung und auf Kenntnis der sittlichen und sinnlichen Natur des Menschen. Allerdings kann die Wissenschaft hierin Erfahrungen verbreiten, Prinzipien entwickeln und dem Richter und der Gesetzgebung vorarbeiten; allein sie kann dem Gesetzgeber keine allgemein gültigen und erschöpfenden Regeln an die Hand geben, weil es sich großenteils um *Elemente der Wahrscheinlichkeit* handelt, deren Regeln sich nach allen Richtungen hin auf die mannigfaltigste Weise durchkreuzen. Der Gesetzgeber kann keine spezielle Beweisregeln hinstellen ohne das Bewusstsein, dass in vielen Fällen durch deren Befolgung die Wahrheit verfehlt werden wird, in welchen sie nicht verfehlt sein würde, wenn die Regel nicht bestanden hätte… Das was wir Gewissheit einer Tatsache nennen beruht auf so vielen einzelnen, in ihrer Zusammenwirkung nur dem einzelnen Fall angehörenden Elementen, dass sich dafür gar keine wissenschaftlichen allgemeinen Gesetze geben lassen".[53]

Here Von Savigny principally argued that the legislator could not predetermine in general rules when a sufficiently high probability of guilt existed for a condemnation. These rules only inhibited the process of truth finding in the individual case. He also denied that the system of legal proofs was capable of offering any effective guarantees against judicial arbitrariness, because in the end their application still overwhelmingly depended on the concrete evaluation of the judge. Similar to Möhl, Von Savigny stated that the real guarantee against judicial arbitrariness had to be found in trustworthy, professionally capable judges, and in the orality and publicity of the trial, the obligation for the judge to motivate his verdict and the possibility of appeal. Von Savigny argued that when these guarantees existed, there was no reason to fear judicial arbitrariness from professional judges who decided on the basis of their freely formed internal conviction.[54]

As Pihlajamäki has accurately stressed, there was also another argument for the free evaluation of the evidence which became more important in the 1830's and 1840's. This argument had its foundation in the development towards a subjectification of the criminal *Tätbestande* in the nineteenth century, which is visible in the works of, among others, Feuerbach and Mittermaier. In other words, the need to prove the precise level of the criminal intent of the accused and to modify the punishment accordingly became a far more important objective in this period. It was, however, clear for most authors that the system of legal proofs was woefully inadequate and too inflexible to deal with the subjective *Tätbestande* of the crime. It was argued that a more free evaluation of the evidence and particularly a free use of indicia was necessary for the judge to be able to deduce the criminal intent of the accused from the proven circumstances.[55]

---

[51] Ibidem, pp. 263-275. Ignor has described that in fact the *Justizverwaltungsminister* Uhden and the official Friedberg (later minister of justice of the German empire), were the ones mainly responsible for the ordinance of 1846. The ordonnance of 1846 was not made for Prussia in its entirety, but only applied to criminal cases for the *Kammergericht* and the *Kriminalgericht* of Berlin. The direct cause for the ordinance was the fact that a conspiracy for an uprising in the Polish territories led to a very large number of criminal trials which had to take place for the *Kammergericht* of Berlin. Significantly, one central reason to create a public, oral trial with a public prosecutor and a free evaluation of the evidence, was to ensure effective and fast trials. The Prussian ministry wanted to avoid the vicissitudes of the long and slow, written inquisitorial procedure.

[52] Savigny, "Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse", p. 484.

[53] Ibidem, pp. 485-486. See also Küper, *Die Richteridee*, pp. 235-237.

[54] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 91-92.

[55] Pihlajamäki, *Evidence, Crime, and the legal profession*, pp. 5-6 and 128-131. The new importance of the subjective *Tatbestände* was part of the neoclassical penal doctrine which emerged in first half the nineteenth century and of whom Pellegrino Rossi is an influential representative. This school build on the ideas of the classical school of, for example, Beccaria and Bentham, but argued that far more attention should be paid to the individual circumstances of the criminal. On this development see, for example, Vielfaure, P., *L'évolution du droit pénal sous la monarchie du juillet. Entre exigences politiques et interrogations de société*. Aix-en-Provence, 2001, pp. 26-29 and 340-344.

The idea was also very prominent in the work of Welcker, Von Gneist and Köstlin. Köstlin argued that a negative theory of proof could only tell about the objective *Tatbestand* of the crime. Evidence needed to be evaluated freely, however, in order to determine the '*subjective Seele der Handlung*'. If there was no confession, the judge needed to be able to draw conclusions from the other sources of evidence to determine what went on inside the head of the accused.[56] Welcker remarked that there were many things relevant to the imputation of guilt that could not be perceived directly and sensually. Furthermore, regarding these matters he argued that only a high degree or probability was possible. Nevertheless, it is particularly in Von Gneist, as Pihlajamäki observed, that the impossibility of combining the system of legal proofs with the possibility to adequately prove the criminal intent, is most apparent. The system of legal proofs could only sufficiently clear up the objective *Tatbestande* of the crime but could not deal with the subjective elements. Witnesses, for example, could not prove conclusively that the accused had a malicious intent. Instead, Von Gneist remarked that "der Beweis des inneren Thatbestandes nur aus den Umständen zu entnehmen sei".[57] In conclusion, the argument that the free evaluation of the evidence was necessary to be able to prove the criminal intent of the accused, shows that there was also an important interconnectedness between the development of the substantive criminal and the development of the criminal law of evidence.[58]

The view of authors such as Möhl, Foelix and Von Savigny who argued that jurors and judges decided on the evidentiary question in essentially the same manner and that the free evaluation of the evidence was compatible with professional judges, was in the 1840's still decidedly a minority opinion. A majority of the authors held the view that unlike professional judges, jurors decided on the basis of a *Totaleindruck*, and that it was far too dangerous to let judges decide after their freely formed internal conviction. In the 1840's the two main sides of the debate still consisted of those who wanted to retain professional judges and a negative system of proofs, and those who desired the introduction of a jury system combined with a complete reform of the criminal procedural law. An important change in especially the 1840's, nonetheless, was that the call for a jury system became louder and the system of legal proofs came under increasing attack.

The change was partially due to the growing momentum of the liberal-constitutional movement after 1830, and partially due to the stronger criticisms of the system of legal proofs within the scientific-juridical debate. The increased importance of the internal conviction of the judge and the recognition of the possibility to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia at the same time heightened the fear for judicial arbitrariness. This fear was exacerbated by the fact that little control was possible on the professional judges who still functioned within a secret, inquisitorial procedure. Even though there was an increasing recognition that indicia could create the same certainty as witness testimony and the confession, the distrust of indicia had not diminished. The distrust remained because it became clear to most authors that it was virtually impossible to effectively regulate indicia in general rules. The attempts in especially the southern German states to regulate indicia had proven to be largely unsatisfactory. The fact that indicia were very difficult to regulate and the growing understanding that in the end the application of evidentiary rules still depended on the internal conviction of the judge, helped create the feeling that the system of legal proofs was not capable of creating sufficient guarantees against judicial arbitrariness.

The 'indicia-question' was considered one of the central problems in the 1830's and 1840's by proponents of a negative system of legal proofs as well as by proponents of a jury system. The fact that they proved so difficult to regulate and the fear of a too free evaluation of the evidence created a strong argument for the proponents of a jury system for reform. As in France in the second half of the eighteenth century, the distrust in professional judges was, furthermore, exacerbated by several juridical scandals which attracted nationwide attention in this period. One notorious trial was conducted against Wendt, starting in 1830, who was condemned of having poisoned his wife on the basis of indicia. During the seven years in which Wendt was imprisoned, he was first condemned to death, than in appeal he was absolved from the instance and in a further appeal he was entirely acquitted. Because a year after the final trial someone else confessed to the murder it became clear that Wendt was innocent all along. Wendt had, however, been condemned to death in the first instance on the basis of indicia. Naturally, the story of Wendt gave important ammunition to the proponents of a jury system and was commented on in many pamphlets and treatises. Schwinge, for example, cites Welcker who commented that this trial shows "was man von dem jetzt zur Mode gewordenen Indizienbeweis… vor gelehrtem Juristengericht zu erwarten hat".[59]

Another important trial was conducted against the famous politician Jordan in 1843. He was, after a four year during investigation, condemned to five years of imprisonment on the basis of a highly dubious constellation of indicia. Both trials attracted a lot of commentary and clearly showed to the larger public the dangers of allowing professional judges to condemn on the basis of indicia. The proponents of a jury system used these trials as a propaganda tool and presented the jury system

[56] Köstlin, S.R. *Das Geschworenengericht, für Nichtjuristen dargestellt*. Tübingen, 1849, p. 127.

[57] Gneist, R. von, *Die Bildung der Geschworenengerichten in Deutschland*. Berlin, 1849, p. 64.

[58] Pihlajamäki, *Evidence, Crime, and the legal profession*, pp. 128-131. As Pihlajamäki states, the division of *Tatbestände* into objective and subjective components is an essential element of the modernization of the substantive criminal law. The underlying idea of the 'classical criminal law' was that individuals were free agents who were morally responsible, and that they had to be punished according to the exact amount of responsibility – based on the level of criminal intent – that could be imputed to them. To be able to do this it was necessary to get 'inside the suspect's head', and for this the free evaluation of the evidence was indispensable.

[59] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 81-82.

as the only remedy for the unavoidable dangers of judging on the basis of indicia. Schwinge cites among others Michelsen, who was representative for the jurists that saw the jury as the sole solution for the problem of judging on the basis of indicia. Michelsen stated in 1847 on the jury that it was "das Organ, um den Indizienbeweis zu liefern… das ist es eigentlich, was durch die Jury gelöst worden ist und wird".[60] However, the main reason that authors such as Michelsen argued that only a jury system could solve the problem of indicia was fundamentally a question of trust. Most authors recognized the necessity of condemning on the basis of indicia in order to maintain an effective criminal procedural law, but simply did not trust professional magistrates enough to allow them this freedom of evaluation. Especially not within the context of a secret, written inquisitorial procedure. Professional magistrates were deemed to be too dependent on the government while only the people could really be impartial and unbiased.

To summarize, by the late 1840's the (negative) system of legal proofs came under increased criticism. Michels states that during the 1840's the arguments of Mittermaier against the system of legal proofs became widely shared in the German literature.[61] This led to a growing recognition in the 1840's that the system of legal proofs was built on untenable theoretical foundations and that it was not able to provide strong guarantees against judicial arbitrariness. As will be further discussed below, it was nevertheless a revolutionary atmosphere and predominantly political-constitutional motives which finally led to largescale legislative reforms in 1848 and 1849.

4.4 Political-constitutional motives, the procedural framework and the reforms of 1848

So far the development of the discussion on the criminal law of evidence has been treated in relative isolation from the political background and the criminal procedural law as a whole. In the juridical treatises the criminal law of evidence was, however, almost never treated in isolation but always in connection with the criminal procedural law. The importance of this connection becomes especially clear when it is considered that the demand for the introduction of the free evaluation of the evidence was invariably accompanied by the demand for the introduction of a public, oral trial with a public prosecutor. This applied to those who desired the free evaluation of the evidence by professional judges as well as to those who preferred a jury system. Möhl and Von Savigny, for example, only wanted to allow the free evaluation of the evidence by judges if at the same time a public, oral trial was introduced, possibilities for appeal were created and the judge was obligated to motivate his verdict. Suggestions to reform the criminal law of evidence were always part of a reform package which broadly beheld the principles of the *reformierte Strafprozess*.

As in France in the second half of the eighteenth century, in Germany the desire to reform the criminal procedural law came forth out of predominantly political-constitutional motives. The 'liberals' sought better guarantees to protect civil liberty and were in agreeance that the existing secret, inquisitorial procedure did not offer these guarantees. The opinion that the existing procedural law contained structural flaws and needed to be reformed became widespread during the period between 1812 and 1848. The criticisms focused on three points. First of all, it was increasingly recognized that the system of legal proofs was unable to strictly bind the judge and that it was particularly problematic to regulate the use of indicia. Secondly, the secret nature of the procedure made control by the public impossible. Thirdly, the concentration of functions in the professional judge was considered to constitute a very dangerous situation. The inquisitorial judge gathered the evidence in the preliminary investigation and then either decided on the evidentiary question himself, or handed over the evidence in written form to a judging instance – of which the inquisitorial judge was often a member – that decided on the evidentiary question. The possibility for the suspect to defend himself or make use of legal counsel were very limited. In the 'old' view in Germany this situation was not seen as particularly problematic. This changed however during the first half of the nineteenth century.[62]

In the old view the powerful position of the judge was not deemed problematic because the judge was trusted and it was deemed that the suspect was sufficiently protected by the three roles that the judge was expected to perform combined with the system of legal proofs. It was considered natural that the judge performed the role of public prosecutor, of judge, and finally the role of defendant all at once. Typical of the positive evaluation of this threefold position of the judge in the inquisitorial procedure is the following remark by Feuerbach, in his handbook on criminal law, in the early nineteenth century:

„Der Richter ist im Untersuchungspocesse als *dreifache Person* zu betrachten, als Stellvertreter des beleidigten Staats, indem er an dessen Statt die Rechte aus Strafgesetzen zu verfolgen verpflichtet ist; als Stellvertreter des Angeschuldigten, indem er zugleich alles, was die Schuldlosigkeit oder geringere Strafbarkeit desselben begründen kann, aufsuchen und darstellen soll, und endlich als Richter, inwiefern er das Gegebene zu beurtheilen und darüber richterlich zu verfügen (oder zu entscheiden) hat".[63]

Particularly during the 1830's and 1840's, this concentration of three roles in the inquisitorial judge started to be seen as a highly dangerous situation in the German territories, while at the same time it became clear that the system of legal proofs was incapable of providing the guarantees which were once expected from it. Typical of the criticism against the idea of the judge as *dreifache Person* was the following remark of Zachariae in 1846: "Dem Inquirenten aber zuzumuten, bald auf die, bald auf die andere Seite zu springen und mit beiden Waffen resp. gegen sich selbst zu fechten, zugleich aber auch als Kampfrichter den Streit zu leiten, ist an sich eine Absurdität".[64] The recognition of these flaws in the inquisitorial procedure, which made it incapable of providing sufficient guarantees against ju-

[60] Ibidem, p. 149.
[61] Michels, *Der Indizienbeweis*, p. 180.
[62] Küper, *Die Richteridee*, pp. 179-183.
[63] Feuerbach, *Lehrbuch*, p. 843.
[64] Zachariae, *Gebrechen*, p. 146.

dicial arbitrariness, created the feeling that an encompassing reform of the criminal procedural law was necessary.

Furthermore, the sense that the existing inquisitorial procedure was dangerous for civil liberty, was significantly heightened by the political trials which attracted nationwide attention. It has been mentioned in the previous subsection that there were several trials which showed the unreliability of indicia. Similarly, there were many political trials and criminal persecutions which infringed on the freedom of the press and showed to a larger public the dangers of the secret, inquisitorial procedure. One of the most famous of these trials was the case of Weidig who was persecuted for treason in 1834. He was imprisoned for three years in a dark, damp dungeon while harsh *Ungehorsamsstrafen* were used to force him to confess, which he resisted. In 1837 Weidig, still imprisoned, took his own life and wrote with his blood on the dungeon walls: "Da mir der Feind jede Vertheidigung versagt, so wähle ich einen schimpflichen Tod von freien Stücken".[65] The case of Weidig and other political trials naturally became the rallying point for liberals to show the dangers of the inquisitorial procedure and were pernicious for the trust in professional magistrates. They strongly helped shape the public perception of the inquisitorial procedure and created an atmosphere where an often 'emotional' and principal stance was taken against the inquisitorial procedure as a whole. These trials, in short, strongly induced a sense of urgency for a largescale reform.[66]

The answer for the perceived deficiencies of the inquisitorial procedure was sought in the creation of a jury system and a public, oral trial with a public prosecutor. Concomitant important reforms were the improvement of the defensive rights of the suspects and the abolition of intermediary decision types such as *Ungehorsamsstrafen*, extraordinary punishments and, to a lesser extent, the *absolutio ab instantia*. In the following subsection, first the discussion on the principles for an encompassing reform of the criminal procedural law and the desire to abolish extraordinary punishments will be described. In the second subsection, the reforms in and shortly after 1848 will be discussed which led to the introduction of a jury system.

4.4.1 The reform of the criminal procedural framework

Parallel to the reflections on the free evaluation of the evidence, there had been a continuous discussion in the German juridical literature between 1812 and 1848 on the principles of orality and publicity, and the introduction of a public prosecutor. At first, these principles were closely associated with a jury system and were seen as necessarily belonging to each other. It was, for example, argued that the principle of orality was required for jurors because they needed to hear and see the witnesses and the suspect directly to form a *Totaleindruck*. On the other hand, it was argued that a professional judge could work better with written evidence because he reasoned in an analytical way and had to reflect on the evidence. There was at first a dichotomized view wherein it was argued that the principles of orality and publicity only worked with a jury system. However, in the course of particularly the 1830's and 1840's this dichotomized view began to break down. Just as it was starting to be deemed possible that professional judges could work with a system based on the free evaluation of the evidence, so it was also argued that the principles of orality and publicity could be combined with a system based on professional judges.

Unlike the demand for a jury system, which was seen as a more difficult and political question on which the opinions remained strongly divided, by the late 1840's there had grown a general support within the juridical literature for the public, oral trial with a public prosecutor. Proponents of a jury system as well as proponents of a system based on professional judges now both argued for these reform principles. Even though the dichotomized view did not disappear entirely, the general value of the reform principles had been increasingly recognized. One of the first and most influential treatises which pleaded for publicity and orality was Feuerbach's *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mundlichkeit der Gerechtigkeitspflege* (1821-1825). He was followed by many authors, among whom Mittermaier and Zachariae were the most influential. In this subsection it is not possible to describe in detail the development of the complex discussion on the reform principles between 1812 and 1848. Instead, a short oversight will be given of the most important ideas supporting these principles and how they were meant to reshape the criminal procedural law.

The argumentation for the public, oral trial and the public prosecutor consisted of an array of arguments which were closely intertwined and which were all directed against certain perceived flaws of the secret, inquisitorial procedure. First of all, however, it has to be kept in mind that these principles were normally intended only for the main trial. A division was made between the preliminary investigation and the main trial. The preliminary investigation would still have to remain secret and would be conducted by an investigative judge with the help of the police. On the basis of the results of this investigation, the public prosecutor would then form his accusation and present it during the public, oral trial. Ignor states that this division was given an important theoretical fundament by presenting it as finding a correct balance or harmony between on the one hand the goal of effectively prosecuting crimes, and on the other hand the goal of safeguarding the civil liberty of the citizens.[67]

---

[65] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, p. 225.

[66] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte,* pp. 45-50

[67] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, pp. 231-237. Although the concern for guaranteeing civil liberty against a too powerful state and judicial arbitrariness was often the focal point of discussion, it must not be forgotten that creating an *effective* criminal procedural system was equally important. In the rethinking of the relationship between the state and its citizens from a constitutional-liberal point of view, it was always a matter of finding a balance between these two goals. This concern can also be seen well in, for example, the work of Beccaria, who was not only preoccupied with protecting citizens against judicial arbitrariness, but perhaps even more so with laying the fundaments for an efficient criminal procedural law. His criticism of judicial torture was not only that it was unjust to torture someone before his guilt was fully established, but even more that it was unnecessary and inefficient to search for a confession when the guilt of the suspect was sufficiently established. The reform principles were often also understood as creating a more efficient procedure. Typically, the first encompassing procedural reform in 1846 in Prussia was predominantly motivated by the desire to efficiently prosecute the large number of treason cases.

In Germany the finding of this balance or middle road was often treated in terms of general principles. The idea was that the 'inquisitorial principle' would dominate in the preliminary investigation and the 'accusatorial principle' in the main trial. Möhl typically formulated this search for the right balance as follows:

„Die Herstellung des richtigen Verhältnisses in dem Strafverfahren zwischen dem inquisitorischen und dem accusatorischen Prinzip ist das Streben der neueren Zeit… Nur die Verbindung beider Prinzipien miteinander in zweckmäßiger Wechselwirkung aufeinander, so dass in dem Vorverfahren die inquisitorische Form, in dem Hauptverfahren aber die accusatorische Form hervortritt, verbürgt die sichere gerechte Bestrafung der wahren Schuld und den notwendigen Schutz der Unschuld".[68]

Of the reform principles, the argumentation for the principle of publicity was perhaps the most straightforward. It was directed in a polemical fashion against the secret nature of the inquisitorial procedure. The two main arguments presented for this principle were that it enabled the control of the judge by the public and that it thereby increased the trust of the people in the criminal justice system.[69] Another argument was that the idea that the public trial would contribute to the general prevention of crimes. The possibility for the people to see the distressful situation of criminals on trial would supposedly have a deterring effect. The principle of publicity was perceived to be in close connection to the principle of orality, because control by the public would be very difficult if the evidence was not presented orally during the trial.[70]

There were several arguments which were proposed in favour of the principle of the orality or 'immediacy' (*Unmittelbarkeit*), as it was also often called, of the trial. Most importantly, the oral testimony of witnesses and the suspect during the trial would enable the judge to acquire better and more complete information than written documents. In contrast to the dead letter of the written documents which was transmitted through the filter of the investigating judge, the oral statements made it possible for the judge to see the expression and demeanour of the suspect and witnesses directly.[71] In other words, the oral presentation of the evidence was argued to create a more encompassing and direct impression on the judge or juror than the mediated representations in writing by the investigative judge. Particularly the proponents of a jury system argued that a jury could only function in an oral procedure. It was stated that for them to form a correct *Totaleindruck* they needed to see and hear the witnesses and the suspect directly. Another argument for the principle of orality was that it would increase the speed of the procedure and that it would improve the defensive possibilities of the suspect. The latter aspect was of particular importance. With the orality of the trial the judge or jurors could see and hear the suspect defend himself and the suspect could ask questions to the witnesses directly in front of the court.[72]

The accusatorial principle (*Anklageprinzip*), which implied the introduction of a public prosecutor, acquired a central significance within the German reform movement. The accusatory principle contained three aspects. Firstly, it meant that the accusation, presented by the public prosecutor, had to fixate a specific crime which would be treated during the main trial. The judge or jurors could subsequently only decide on the basis of the charge of the public prosecutor and the evidence that was presented orally during the public trial. This was a highly important innovation for the defensive position of the suspect and enhanced the significance of the principles of orality and publicity. In the existing secret, inquisitorial procedure the judge was not forced to make the charge concrete and had relatively much leeway to change the crime for which the suspect was prosecuted. The judge was not even obligated to inform the suspect of what crime or for what constellation of facts he was being prosecuted. The *Anklageprinzip* meant that the charge needed to be fixated before the public, oral trial which created far better defensive possibilities for the suspect.[73]

The second aspect consisted of a strengthening of the defensive rights of the accused. Beside the improvement of his position by the fixation of the charge and the principle of immediacy, it was argued in the juridical literature that a right to legal counsel and a right to take notice of the incriminating evidence (*Akteneinsicht*) should be created. Furthermore, the defendant should be allowed to pose questions to the witnesses during the public trial and be given more room to present witnesses or other forms of evidence in favour of his innocence. These defensive rights were meant to be general and guaranteed by the law, and not, as it was under the secret, inquisitorial procedure, dependent on approval by the inquisitorial judge.[74] The goal was to make the accused less an object of investigation and more a party to the procedure in opposition to the public prosecutor, and in front of a more neutral judge. This can also be seen in the growing demand in especially the 1830's and 1840's for the abolition of *Ungehorsamsstrafe* and the increased recognition of the right of the suspect not to incriminate himself.[75] The

[68] Möhl, *Über das Urtheilen rechtsgelehrter Richter ohne gesetzliche Beweistheorie*, pp. 277-280. By some authors, such as Mittermaier and Zachariae, the search for this balance was even presented as the result of a dialectical historical process. They stated that there were two *Grundsysteme* in the criminal procedural law: the accusatorial and the inquisitorial system. In this view the early Germanic law was dominated by the accusatory principle and later under the absolutistic state the inquisitorial principle came to dominate completely. It was now time to find the correct synthesis between these two principles. See Ignor, *Geschichte Strafprozess*, pp. 234-236.

[69] Wettstein, E.J., *Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozess*. Zürich, 1966, pp. 17-34.

[70] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, pp. 242-244.

[71] As Feuerbach, for example, stated "Wie vieles müsste an Mitteln der Ueberzuegung verloren gehen, wenn die geschwornen diese nicht aus dem vollen Strome der Verhandlungen selbst, sondern nur aus dem abgeleiteten versandeten Kanale eines Gerichtsprotokols schöpfen dürften!". See Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, p. 30.

[72] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, pp. 237-241.

[73] Henschel, J.F., *Die Strafverteidigung im Inquisitionsprozess des 18. und im Anklageprozess des 19. Jahrhunderts*. München, 1972, pp. 88-102.

[74] Ibidem, pp. 103-154.

[75] Mauss, D., *Die „Lügenstrafe" nach Abschaffung der Folter ab 1740*. Marburg, 1974, pp. 48-64.

expected effect of the stronger defensive position of the suspect was, furthermore, that it would better enable the judge to find the truth, because he would be presented with a more complete picture of the evidence for and against the accused.

The third aspect of the accusatory principle was that the charge should be defended during the main trial by a public prosecutor. The purpose of the stronger defensive rights of the suspect and the introduction of the public prosecutor was to counteract the dangerous situation which existed under the secret, inquisitorial procedure where the judge had to perform three roles. The argumentation for the introduction of a public prosecutor was at first dominated by the political-constitutional idea that a separation of powers within the judicial branch would prevent judicial arbitrariness. Later it was also stated that the performance of three roles put the judge in a psychologically untenable situation. From this perspective it was argued that the fact that the judge had to perform the role of public prosecutor, defendant and judge at the same time, inhibited him psychologically from impartial and objective truth finding. Both perspectives worked mutually reinforcing and led to the conclusion that a separation of functions would prevent judicial arbitrariness and was conducive to the process of truth finding. The idea of the accusatory principle was that the truth could be better established when two opposing parties presented the arguments for and against the guilt of the accused, while the judge remained impartial and stood more neutrally above the parties.[76]

There were other reasons which were proposed for the introduction of a public prosecutor as well. It was argued that a public prosecutor would make the criminal procedure more efficient and that it was a necessary consequence of the creation of a public, oral trial. The judge needed to appear impartial, and it would give a wrong impression to the suspect and the people if in a public trial the judge also had to perform the role of public prosecutor. It has to be kept in mind, furthermore, that it was in this period not yet seen as the job of the public prosecutor to work together with the police and lead the preliminary investigation. This remained the responsibility of a separate investigative judge. The fear was that otherwise the public prosecutor would become a too powerful instrument of repression. He should only formulate and defend the charge during the main trial, and have the function of controlling the lawfulness of the preliminary investigation and the main trial. He was for this reason often described as having to perform the role of a guardian of the laws (*Wächter des Gesetzes*).[77]

Extraordinary punishments

By the late 1840's the *Anklageprinzip* and the principles or orality and publicity had acquired widespread support in the juridical literature. These principles were understood as strongly intertwined with each other and with the introduction of the free evaluation of the evidence. Closely related to the reform principles there also existed a general demand for the abolition of the use of extraordinary punishments and *Ungehorsamstrafe*. Although there were also criticisms of the *absolutio ab instantia*, this instrument still had a relatively widespread support.[78] The desire to abolish extraordinary punishments was an essential part of the broader reform package of the criminal procedural law. It entailed the creation of a more absolute distinction between guilty and not-guilty, and was closely linked to the rise of the free evaluation of the evidence. As has been described in the previous section, the growing recognition of the possibility to condemn to the ordinary punishment on the basis of indicia made the use of extraordinary punishments superfluous. Thäle comes to the conclusion that in the 1830's and 1840's the demand for the abolition of extraordinary punishments had become generally accepted in the juridical literature.[79] The reformers in the late 1840's proposed, in combination with the free evaluation of the evidence, that someone should only receive the legally prescribed punishment if the judge or jurors were fully convinced of the guilt of the suspect. If not, he should be acquitted and no extraordinary punishments or 'security measures' should be allowed. Furthermore, until his guilt was fully proven the suspect should be considered innocent.

As in France, the free evaluation of the evidence, the idea of a more absolute distinction between guilty and not-guilt and the presumption of innocence worked fruitfully together as arguments against extraordinary punishments. In combination with the idea that the suspect had a right not to incriminate himself, they enabled the abolition of *Ungehorssamstrafe* in the form of punishing the suspect for lying or remaining silent. The necessity of punishments for lying became particularly superfluous with the recognition of indicia. This effect can be seen very well in the concept criminal ordinance of Baden in 1845 which abolished disciplinary punishments for lying and stated: "Verweigert der Angeschuldigte entweder alle Antwort oder die Antwort auf bestimmte Fragen, so kann dieses die Wirkung einer für seine Schuld sprechende Anzeige haben".[80] The presumption of innocence and the idea that the suspect had a right not to incriminate himself were used as important

[76] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, pp. 244-248.

[77] Wohlers, W., *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft: ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens*. Berlin, 1994, pp. 90-129 and 202-207. The public prosecutor was, furthermore, not proposed in the Anglo-Saxon manner as a party to the process. Comparable to the French version, he was supposed to form an organ which was obligated to strive for the 'objective truth' and, for example, also required to present the evidence which pleaded for the innocence of the suspect.

[78] For the discussion on the extraordinary punishments and particularly on the continued support for the *absolutio ab instantia*, see Elben, O., *Die Enthindung von der Instanz vom dogmengeschichtlichen und allgemein rechtlichen Standpunkt aus erörtert. Ein Beitrag zur Geschichte und Gesetzgebung des deutschen Strafverfahrens*. Tübingen, 1846.

[79] Thäle, *Die Verdachtsstrafe*, pp. 223-235.

[80] Mauss, *Die „Lügenstrafe" nach Abschaffung der Folter*, pp. 29-31

arguments against *Ungehorssamstrafe*. Knapp, for example, cites Welcker who stated: "Der eigentliche positive Rechtsgrund gegen eine bürgerliche Strafbarkeit der Antwortverweigerung... liegt [darin], dass einestheils jeder Bürger bis zum vollen Beweis seiner Schuld als ganz schuldlos zu behandeln ist, und das andernteils rechtlich nicht der Angeklagte gegen sich selbst Zeugnis und Beweis zu liefern verbunden ist".[81] Finally, the close interrelatedness of the reform principles and the abolition of extraordinary punishment, and *Ungehorssamstrafe*, becomes apparent from the fact that they would all be part of the largescale reforms of 1848 and 1849.

4.4.2 The revolution of 1848 and the legislative reforms of the criminal procedural law

The introduction of a jury system and a public, oral trial with a public prosecutor had already been proposed and discussed multiple times before 1848 in the parliaments of particularly the southern German states of Baden, Wurttemberg and Bayern. With intervals the subject was raised in the parliaments – in the German states that had one – by the 'liberal' representatives and led to intensive debates. Until 1848, however, these proposals led to virtually no attempt by the governments of the German states to adopt the reform principles. Exceptions were the Prussian ordinance of 1846 and the creation of a reform-ordinance in Baden in 1845, which combined a negative system of legal proofs with a public, oral trial and the introduction of a public prosecutor. Although the ordinance in Baden was approved by both chambers of parliament, it was never promulgated because it was tied to a broader reform of the court system in Baden that failed.[82] Beside the attempt in Baden and the ordinance in Prussia in 1846, it was only during and after 1848 that comprehensive legislative reforms in the German states started to follow each other in rapid succession. It took the politically revolutionary atmosphere of 1848 to create the necessary momentum for these reforms.

Beside the revolutionary atmosphere, there was also an important event before 1848 which appeared to give added 'juridical-scientific' legitimation to the introduction of a jury system. This was the *Lübecker Germanistenversammlung* in 1847, a conference for the advancement of German language, history and law. The conference attracted nationwide attention because many of the most renowned German scholars attended it. During the *Germanistenversammlung* a year earlier, in Frankfurt in 1846, it had been decided that a committee would write a report on the jury question, which subsequently became one of the central subjects of debate during the conference in 1847. The report of the committee contained a resounding recommendation for the introduction of a jury system. Very significant was the fact that Mittermaier, who was a member of the committee, declared that he had changed his opinion and that he was now in favour of a jury system. He explained that his change of opinion rested on his observations in the German territories and other countries. Everywhere experience had shown him that the system of legal proofs was untenable and that unlike professional judges, jurors did have the trust of the people. He now also argued that only a jury system was compatible with a public, oral trial. Furthermore, Mittermaier went out of his way to show through statistical evidence that a jury system did not entail a less effective repression and that they did not acquit more often than professional judges. This was an important point, because many of the opponents of a jury system had raised the fear that jurors would be too lenient.[83] Summarizing, the *Lübecker Germanistenversammlung* was an important event, because at a decisive moment before the revolution of 1848, it gave the impression to the larger public that now even within the scientific-juridical debate the objections against the jury system were being abandoned.

Similar to the reforms in revolutionary France, the wave of reforms in the German territories started in a revolutionary atmosphere. In this atmosphere the governments of the German states were no longer capable of controlling the 'liberal-revolutionary' elements in society and saw themselves forced to make concessions to reform. It had for decades been an article of faith of the liberal movement that a jury system with a public, oral trial should be introduced and that the secret, inquisitorial procedure should be abolished. As Schwinge stated, the introduction of a jury system was "eine der großen Forderungen der 48er Revolution, die in allen Sturmpetitionen als eine Selbstverständlichkeit wiederkehrt".[84] Characteristic of how broadly the demand for a jury system was shared among the liberal revolutionaries, was the fact that the national assembly in the Pauls church in Frankfurt accepted the introduction of a jury system and the *Anklageprozess* (meaning a public, oral trial with a public prosecutor) without any discussion. The *Grundrechte des deutschen Volkes* of the assembly included the provision that: "Das Gerichtsverfahren soll öffentlich und mündlich sein. In Strafsachen gilt der Anklageprozess. Schwurgerichte sollen jedenfalls in schwereren Strafsachen und bei allen politischen Vergehen urteilen".[85]

The provisions of the national assembly never acquired force of law because its authority was not recognized by the German states. Instead, it was on the level of the individual states that the actual reforms occurred. Under the revolutionary pressure most German governments in 1848 and 1849 saw themselves forced to enact provisional ordinances which promised the introduction of a public, oral trial with a public prosecutor and a jury system. In the following years, most governments kept their promise and enacted ordinances which comprehensively reformed the criminal procedural law. Hannover, Kürhessen, Brunswick and the Thuringian states already created new criminal ordinances between 1848 and 1850 which introduced a public, oral trial with a public prosecutor and jury system.

---

[81] Knapp, *Die Ungehorssamstrafe*, p. 48.
[82] Krieter, *Historische Entwicklung*, pp. 28-38.
[83] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 146-148.
[84] Ibidem, p. 153.
[85] Krieter, *Historische Entwicklung*, p. 11.

Provisional ordinances introduced the public, oral trial and the jury system in Bayern and Hessen-Darmstadt in 1848, and in Prussia, Wurttemberg, Baden and Nassau in 1849. The provisional ordinances were replaced in the following years by new procedural codes which retained the public, oral trial with a public prosecutor and jury system in these states.[86]

Even though the French version of the jury trial had often been criticized in the juridical literature in the preceding decades, the new procedural systems in the German states were strongly modelled after the French legislation. The reason to take over the French model lay in the fact that the German discussion on the jury system had largely been a discussion of principle on the question whether a jury system should be introduced or not. Very little attention had been paid to the question how the jury system should actually be given shape if it was accepted. When suddenly during the revolutionary storms of 1848 the possibility emerged to introduce a jury system, there was no developed alternative idea in the juridical literature of how the jury system should be regulated. Because the reformers wanted to make use of the momentum and quickly reform the criminal procedural law, the French model was followed which was best known. Furthermore, there was already a lot of experience with the French regulation and it was deemed easier to apply in Germany than the English version. The idea prevailed that the English version of the jury trial was difficult to transplant because it had grown organically in England and was too strongly imbedded in their particular juridical institutions and culture.[87]

The jury system made a quick and triumphant procession throughout the German territories, but there also remained a significant part which did not adopt the jury trial. Austria and Saxony only introduced a jury system under revolutionary pressure for a short period. Soon new criminal procedural codes were made in Austria (1853) and Saxony (1855) without a jury system. They were, nevertheless, modernized criminal codes that contained a public, oral trial with a public prosecutor. While the Austrian legislation returned to a negative system of legal proofs, the Saxon code explicitly acknowledged a system based on the free evaluation of the evidence by professional judges. Article 10 of the code in Saxony read: "Soweit die Richter über tatsächliche Verhältnisse zu urteilen haben, sind sie nur an ihre durch die vorliegenden Beweise gewonnene Überzeugung gebunden". Mecklenburg, Holstein, Lippe and the Hanseatic cities resisted the pressure to reform and for the time being retained the secret, inquisitorial procedure.[88] In short, by the early 1850's a public, oral trial with a public prosecutor and a jury system had replaced the old inquisitorial procedure in most German states. However, there also remained a significant minority of the German states which did not adopt a jury system. The discussion on the merits of the jury system and the system based on professional judges, therefore, continued unabated in the 1850's, 1860's and 1870's.

Conclusion

There is a consensus in the historiography that political-constitutional motives were the most decisive *direct* cause of the introduction of the jury system in the revolutionary period of 1848 and 1849. Schwinge, for example, states that the decisive arguments for the jury system were political ones: "Endgültig wurde der Kampf nicht innerhalb der Grenzen der Wissenschaft, sondern auf politischen Gebiete entschieden… als Verwirklichung einer programmatischen Forderung des deutschen Liberalismus hielt es seinen Einzug in Deutschland".[89] Lieber as well, argues that although philosophical and juridical arguments played an important role and were closely intertwined with the political motives, the political reasons in the end predominated among the proponents of a jury system.[90] As has been stated before, the jury system was demanded by the liberals in Germany on the basis of essentially three reasons. Firstly, it would create a division of power within the criminal trial and would thereby diminish the possibility of judicial arbitrariness. Secondly, a jury system would create an element of democratic representation in the judicial system.

The third and perhaps most important reason has to be categorized as the question of trust in the persons judging. Comparable to the distrust in France against the *noblesse du robe*, the jury system was predominantly demanded by the liberals in Germany because of a lack of trust in the professional magistrates. The distrust had been significantly strengthened as a consequence of the many sensational political trials which consistently attracted nationwide attention. Time and again it was stated that only jurors had the trust of the people, that they were unbiased and impartial and that they would form a palladium of civil liberty. In short, the distrust against the professional magistrates was the underlying crucial factor which inspired the political-constitutional demand for the introduction of a jury system with a public, oral trial and a public prosecutor.

Although the political motives were in the end the decisive direct factor which led to the reforms of 1848, they were closely intertwined with and supported by the changed epistemological ideas. The works of, among others, Mittermaier, Möhl and the Prussian-Rhenish committee had shown that there was no essential difference between indicia and other forms of evidence, and that in the end almost everything still depended on the conviction of the judge. This meant that the evidentiary rules could only provide a limited protection against judicial arbitrariness. A further problem was that the evidentiary rules always said either too much or too little and could never do justice to the complexities of the individual case. The changed understanding of the system of legal proofs and the recognition of its structural flaws in the juridical literature supported the feeling that a comprehensive reform of the criminal law of evidence was necessary. In the revolutionary atmosphere of 1848

[86] Ibidem, pp. 18-69.
[87] Landau, "Schwurgerichte und Schöffengerichte", pp. 268-290.
[88] Ibidem, pp. 18-69.
[89] Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, pp. 153-155.
[90] Lieber, *Schöffengericht*, pp. 158-159. See also, for example, Michels, *Der Indizienbeweis*, p. 180.

and 1849 this reform acquired the shape of the introduction of a jury system. However, there was still no definitive consensus after 1848 on the desirability of a jury system, but there was a growing consensus that the (negative) system of legal proofs should remain abolished. After 1848 the main point of discussion now became whether the free evaluation of the evidence should be exercised by professional judges or by lay jurors.

5. The discussion on the criminal law of evidence between 1848 and the 1870's

In the phase after the revolutionary reforms of 1848, two important changes occurred in the discussion on the criminal law of evidence. Firstly, as experience was gained with a public, oral procedure and the free evaluation of the evidence, the support for a return to a (negative) system of legal proofs and the secret inquisitorial procedure disappeared at a remarkable pace. The idea that the system of legal proofs was untenable acquired widespread support and in a short time the free evaluation of the evidence was being considered as an essential characteristic of the *reformierte Strafprozess*. The second change consisted of the fact that the jury system, which had been idealized for several decades by the liberals, came under a critical scrutiny during this period. With the increased criticisms of the jury system, it was discussed if perhaps professionals judges or the intermediary solution of *Schöffengerichten* – a combination of professional judges with lay jurors – were not more suited to decide on the evidentiary question.

Concerning the first change, after 1848 the argumentation of Jarcke, Möhl and Von Savigny gained increasing support that on the one hand the system of legal proofs was logically untenable, and on the other hand that the abolition of evidentiary rules did not mean that professional judges would necessarily have to judge on the basis of some unreasoned *Totaleindruck*. Instead, the view became widely accepted that even without legal evidentiary rules jurors and judges would still have to decide on the basis of a reasoned process of weighing the evidence. This meant that the perceived dichotomy between jurors deciding on the basis of their subjective conviction and judges following a system of evidentiary rules, dissolved rapidly. Glaser was struck by this development after 1848 and commented in 1883: "Was einst so gegensätzlich schien, stand nun nebeneinander… Jury und rechtsgelehrte Richter, beide gleichmäßig von Beweisregeln entbunden".[91]

The increasing acceptation of the view of Jarcke, Möhl and Von Savigny that without evidentiary rules the judge would still have to decide on the basis of a reasoned process of weighing the evidence, opened the way to look for guarantees against judicial arbitrariness in the motivation of the verdict and the possibility of appeal. Furthermore, their idea gained support that even without *legal* evidentiary rules the judge would still be bound by general rules of logic and experience. A strand appeared in the juridical literature after 1848 which now pleaded for the creation of a scientific theory of evidence instead of a binding legal system of proofs. Nobili remarks on this development that the common opinion in the German territories started to follow the path of Jarcke and Von Savigny, and began to promote the view that: "nach Abschaffung der gesetzlichen Beweisregeln die Rationalität der Überzeugungsbildung von der Übernahme unverbindlicher wissenschaftlicher Anweisungen abhänge, unter denen Denkgesetze, Erfahrung und Menschenkentnisse besonders hervorzuheben seien".[92]

It was argued that the scientific theory was to consist of flexible 'guidelines' which would not rigidly prescribe when sufficient evidence existed for a condemnation. Representatives of this view were, among others, Planck with his *Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnungen seit 1848* (1857), Ortloff's *Beweisregeln und Entscheidungsgründe im Strafprozesse* (1860) and Arnold's *Prüfung der Beweise ohne gesetzliche Beweistheorie* (1858). Ortloff, for example, stated that the function of this scientific theory was to form „einer Anleitung zum Gebrauch eines Maßstabes der richterlichen Erkenntnis und Entscheidung, welcher jedoch elastisch sein und der Beurteilung nach der Individualität der Fälle weichen muss".[93]

Concerning the second change, Landau states that it is clear that the jury system lost much of its popularity after 1848. He mentions two factors which appear to have been of particular importance in this reconsideration of the jury system. First of all, it became apparent that the separation of the question of fact and the question of law led to difficulties in practice. In the juridical literature it was argued that the German criminal law was too complex and that the jurors were not skilled enough to subsume the proven facts under the juridical terms of the criminal law. The second factor consisted of the fact that the strong distrust of judges seemed to diminish rapidly during the period after 1848. One of the most important reasons for the popularity of the jury system lay in the strong conviction that professional judges could not be trusted, but now this argument increasingly lost its appeal. Landau mentions two possible explanations for this development. The public, oral trial may have increased the trust in professional judges, and during this period the professional judges were recruited more and more from the middle and upper-middle classes. The judges were beginning to be seen more as a part of the *bürgerlichen Gesellschaft* against whom no special protection was necessary.[94]

---

[91] Glaser, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, pp. 23-24.

[92] Nobili, M., *Die freie richterliche Überzeugungsbildung: Reformdiskussion und Gesetzgebung in Italien, Frankreich, und Deutschland seit dem Ausgang des 18. Jahrhundert*. Baden-Baden, 2001, pp. 160-161.

[93] Ortloff, H., "Beweisregeln und Entscheidungsgründe im Strafprozesse", in: *Goltdammers Archiv*, 1860, pp. 461-477 and 591-608.

[94] Landau, "Schwurgerichte und Schöffengerichte", pp. 303-304. This shows important parallels to the idea of Pihlajamäki that the free evaluation of the evidence by professional judges became more acceptable in the course of the nineteenth century because the jurists were drawn more from the middle and upper-middle classes and because they increasingly became 'professional' jurists (in contrast to, for example, the hereditary *noblesse de robe* in eighteenth century France). See Pihlajamäki, *Evidence, Crime and the Legal Profession,* pp. 5-6 and 123-125.

The practical problems of the jury system and the growing trust in the professional judges led to the discussion whether professional judges or perhaps *Schöffengerichten* were not more suited to decide on the evidentiary question. Especially the new option of *Schöffengerichten* gained in popularity. The idea of *Schöffengerichten* had been virtually absent from the debate before 1848. Due to the supposed fundamental difference in the way judges and jurors decided on the evidentiary question it was never seriously considered that they could work together on this point. When this dichotomy disappeared, the *Schöffengerichten* for the first time came to be seen as a good intermediary solution which combined the advantages of lay and professional judges. In particular the problem of the separation of the question of fact and the question of law could be solved through the introduction of *Schöffengerichten*, because the professional judges could explain the meaning of the legal terminology to the lay judges. This technical-juridical argument, for example, appeared in the influential work *Geschworenengericht und Schöffengerichten* (1864) of Schwarze.[95]

The *Schöffengericht* was introduced for the first time in Hannover in 1850 for less severe forms of crimes. The example of Hannover was soon followed in Oldenburg (1857), in Kurhessen and Bremen (1863), in Baden (1864) and in Saxony and Wurttemberg (1869). Although the *Schöffengericht* was at first introduced only for less severe crimes, its positive reception opened the way to consider the option of generally replacing the jury system with *Schöffengerichten*. Importantly, the replacement of the jury system with *Schöffengerichten* was proposed in the concept criminal procedural code for the German empire in 1873. This concept ordinance led to an intense debate wherein, among others, Zachariae argued for the introduction of *Schöffengerichten*. It was due to Bayern and Wurttemberg – who made clear that they would not accept a new criminal procedural code without the jury system – that the concept ordinance was eventually changed. In the end the criminal procedural code for the German empire of 1877 contained the jury system for severe crimes and *Schöffengerichten* for the less severe crimes. Nevertheless, Landau states that after 1870 the jury system was constantly put into question. Eventually, this would lead to the complete replacement of the jury system with *Schöffengerichten* for severe crimes in the reform of the criminal procedural law of 1924. In all this time, however, the free evaluation of the evidence was never seriously questioned anymore and had become an integral part of the modern German criminal procedural law.[96]

6. Conclusion

It has been described in this article that through a long and gradual process the system of legal proofs was replaced by a system based on the free evaluation of the evidence in the German territories between 1750 and 1870. Furthermore, the secret inquisitorial procedure was replaced by the public, oral trial in combination with a jury system, and the extraordinary punishments were abolished. Three phases could be distinguished in this process. In the first phase, which lasted from 1750 until 1812, the discussion focused predominantly on the question whether judicial torture should be abolished and what should come in its place. During the second phase, lasting from 1812 until 1848, the French reform ideals became known and the central point of debate was now whether a jury system should be adopted with the free evaluation of the evidence or whether a system based on professional judges in combination with a negative system of legal proofs was preferable. Finally, in the third phase, which lasted from 1848 until the 1870's, the discussion focused on the question if it was better to let lay jurors, professional judges or a combination of the two in the form of *Schöffengerichten*, decide after their freely formed internal conviction. The choice was first made for a jury system in the criminal procedural code of 1877, but subsequently in the code of 1926 *Schöffengerichten* were preferred. During the third phase, nevertheless, the free evaluation of the evidence had become firmly established as a principle of the German criminal procedural law.

It has been attempted to show throughout this article that the reforms of the criminal law of evidence and of the criminal procedural law were inspired, to an important extent, by changed epistemological and political-constitutional ideas. Concerning the first aspect, Ignor has been cited who accurately remarked that the adoption of a probabilistic conception of the certainty required in criminal cases 'laid dogmatic explosives that would eventually lead to the destruction of the system of legal proofs'.[97] In the German discussion it can be seen very well how the new epistemological ideas were adopted and how they were slowly used to deny the plausibility of the system of legal proofs. On the basis of the changed epistemological ideas it was argued – by, for example, Mittermaier and the Prussian-Rhenish committee – that there was no essential difference between indicia and other forms of evidence, which undermined one of the central presuppositions of the system of legal proofs (especially how it was applied in the German territories). Furthermore, it was argued on the basis of the new probabilistic ideas that it was impossible to determine in general rules for the individual case whether there was a sufficiently high probability of guilt to convict someone. This conclusion was increasingly drawn in the course of the nineteenth century and was used to argue that instead it was better to let lay jurors or professional judges decide on the basis of their freely formed internal conviction.

Concerning the second aspect, it is clear that the changed political-constitutional ideas played a crucial role in the reformation of the inquisitorial procedure and in the argumentation for the adoption of a jury system. From the political-constitutional discourse the idea was derived that the suspect should not be forced to contribute to his own conviction, but that he should have the broadest possibility to defend himself and make use of legal counsel. Furthermore, the new concern with the dangers of judicial arbitrariness induced many authors to argue that the

[95] Ibidem, pp. 295-296. A further important argument that was used in favour of the *Schöffengerichten*, was the fact that it was seen as a form of judicial organisation which had deep roots in German legal history.
[96] Ibidem, pp. 293-303.
[97] Ignor, *Geschichte Strafprozess*, pp. 167-167.

trial should be made public and that a clear separation had to be made between the function of the public prosecutor and the function of the judge. The political-constitutional ideas and the distrust of the professional magistrates provided the most important arguments for the introduction of a jury system. In this respect the German liberals were ideologically strongly indebted to the French revolutionaries. It can thus be concluded that the changed epistemological and political-constitutional discourses were in their combination a significant factor in the transition from the system of legal proofs to a system based on the free evaluation of the evidence, and in the adoption of the *Anklageprozess* in general.

Finally, it is important to stress some of the limitations of this article which might otherwise be lost in the many sweeping and broad statements. First, this article is primarily meant as a piece of intellectual history on how the criminal jurists changed their understanding of what they were doing and how they expressed themselves. The pretention is not that the changes in the criminal law of evidence can be explained exclusively from this perspective or even that it formed the most important motivator of these changes. It is merely an additional perspective from which the developments in the criminal law of evidence can be explained. Secondly, this article has been intended as a piece of juridical-dogmatic history that is based predominantly on the discussions in the juridical literature. It does not elucidate to what extent the changes that have been described here were preceded or accompanied by changes in the juridical practice. The question of how the practice of the criminal law of evidence evolved between 1750 and 1870 can, therefore, not be answered here and requires further research.

Recht und Macht in Verfahren gegen Hexen – Zugleich eine Untersuchung zur Entstehung des Inquisitionsprozesses

(Justice and Power in Criminal Proceedings against Witches – at the same Time a Contribution to the Emergence of the Inquisition Process in the Holy Roman Empire)

Malte Wilke *

Abstract

This article examines the reasons, which led to the development and the ending of witch trials in the Holy Roman Empire.

First of all, the essay explains the procedural reasons for the introduction of the inquisition procedure and its effects on the prosecution of heretics in the Holy Roman Empire. Subsequently, the development from the ancient offence of damage magic (maleficium) to the early modern offence of witchcraft is presented. In particular, the reasons are given for the transformation of the maleficium into an element of witchcraft.

However, the Carolina, the pertinent criminal and criminal procedural law of the Holy Roman Empire stuck to the maleficium. Nonetheless, the codification of the offence of witchcraft in the Electoral Saxon Constitutions led to the decisive paradigm shift in favour of the offence of witchcraft.

Accordingly, the procedure of witch trails is outlined, whereby the focus is on the demarcation of the processus ordinarius and the processus extraordinarius. Furthermore, this essay explains under which circumstances witch trails were excessive and unlawful. In this context the processus extraordinarius is decidedly examined.

In the last section of this article, the possibilities to obtain legal protection against illegal procedural acts in witch trails are discussed. Moreover, this article emphasizes that the High Courts of Holy Roman Empire regularly decided in favour of the accused in witch trails. At the same time, the essay shows that the High Courts of the Holy Roman Empire respected the Carolina and contributed significantly to the containment of witch trials.

Keywords: *Holy Roman Empire; Inquisition Process; Constitutio Criminalis Carolina; processus ordinarius; processus extraordinarius; crimen exceptum; crimen magiae; maleficium; Reichskammergericht; Reichshofrat.*

Wo erst einmal der Anfang gemacht ist, da ist der Würfel bereits gefallen.
Die Hexe kann nicht mehr entkommen, muß sterben. [1]

A. Die rechtlichen Grundlagen eines Hexenprozesses

I. Vom Ketzer- zum Hexenprozess

Die weltlichen Hexenverfahren der Frühen Neuzeit entwickelten sich aus den mittelalterlichen Häresieverfahren der katholischen Kirche. Die kirchlichen Häresieverfahren richteten sich gegen Häretiker, die von den geltenden kirchlichen Anschauungen abwichen und Gegenlehren aufstellten. Der entscheidende Schritt vom Häresieverfahren hin zum Hexenprozess ging mit der Entwicklung des Inquisitionsverfahrens einher. Das Inquisitionsverfahren wurde ursprünglich entwickelt, um gegen den Ämterkauf, die Korruption und den Nepotismus innerhalb der kirchlichen Strukturen effektiver vorgehen zu können, als dies mit dem Akkusationsprozess möglich war.[2]

Der Akkusationsprozess erforderte, dass eine Klage vor Gericht erhoben wurde. An der erforderlichen Klageerhebung scheiterte der Akkusationsprozess gegen pflichtvergessene Kleriker jedoch regelmäßig, weil die Kläger im Akkusationsprozess beweispflichtig waren. Sofern die von dem jeweiligen Kläger angebotenen Beweismittel oder Eideshelfer nicht ausreichend waren, konnte die Klage abgewiesen werden, was die Gefahr einer anschließenden Verleumdungsklage gegen den Kläger in sich barg.[3] Aus diesem Grund bot der Akkusationsprozess keine ausreichende Handhabe um die innerkirchliche Korruption effektiv bekämpfen zu können.

Demgegenüber ermöglichte das sog. Infamieverfahren die Erhebung einer Klage gegen einen Geistlichen, sofern ein verbreitetes Gerücht, eine sogenannte *mala fama*, über ein von

* Dr. iur. Malte Wilke. Der Autor absolviert 2018 sein LL.M.-Studium an der *University of Aberdeen* in Schottland.

1 Von Spee, F., Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse. Deutsche Übersetzung der 2. Ausgabe von 1632, 6. Auflage, München 2000, S. 283.

2 Trusen, W., Rechtliche Grundlagen der Hexenprozesse. In: Bauer, D. und Lorenz, S. (Hrsg.), Das Ende der Hexenverfolgungen. Stuttgart, 1995, S. 203 – 226; ders., Vom Inquisitionsverfahren zum Ketzer- und Hexenprozess. Fragen der Abgrenzung und Beeinflussung. In: Schwab, D. und Giesen, D., Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat. Berlin, 1989, S. 435 - 450.

3 Berewinkel, B., Hexen – Geschichte einer dunklen Zeit in Bildern und Berichten. Augsburg, 1998, S. 144f.; Riedl, G., Der Hexerei verdächtig. Das Inquisitions- und Revisionsverfahren der Penziliner Bürgerin Benigna Schultzen. Göttingen, 1998, S. 44.

ihm verübtes Vergehen existierte.[4] Allerdings ermöglichte das Institut des Reinigungseides dem Beklagten im Infamieverfahren sich durch Eid von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu reinigen.[5] Aufgrund dessen entschloss sich die Kirche dazu einen allzu freimütigen Gebrauch des Reinigungseides zu unterbinden. Es sollten zunächst die Fakten ermittelt werden, die zum schlechten Ruf des Klerikers geführt hatten. Diese Ermittlungspflicht führte schließlich zur Ausbildung des Inquisitionsverfahrens. Das Inquisitionsverfahren zeichnete sich durch die Offizialmaxime und die Instruktionsmaxime aus, wobei insbesondere der Zeugenbefragung eine gegenüber dem Akkusationsprozess gesteigerte Bedeutung beigemessen wurde. Überdies konnten Anschuldigungen im Inquisitionsprozess nicht mehr mittels eines Reinigungseides ausgeräumt werden. Demzufolge handelte es sich bei dem Inquisitionsprozess um ein adaptiertes Infamieverfahren, das an die Erfordernisse der innerkirchlichen Korruptionsbekämpfung im Hochmittelalter angepasst worden war.

Aus dem kanonischen Recht wurde der Inquisitionsprozess im 13. Jahrhundert in das weltliche Recht übernommen. Kaiser Friedrich II. legte seiner Gesetzgebung für das Königreich Sizilien, dem *Dekretale Vergentis* von 1231, den Inquisitionsprozess zugrunde.[6] Im *Dekretale Vergentis* erfolgte dabei die Zuordnung der Häresie zu dem im spätrömischen Recht entwickelten Straftatbestand des Majestätsverbrechens (*crimen laesae maiestatis*).[7] Es sah zudem die Einleitung von Ermittlungsverfahren von Amts wegen vor.[8] Als die Häresie 1238/39 auch im Heiligen Römischen Reich unter Strafe gestellt wurde, wurde sie zu einem weltlichen Straftatbestand aufgewertet. Als Strafmaß für die Häresie war die Todesstrafe vorgesehen.[9] Gleichzeitig ließ Papst Gregor IX. die kaiserlichen Ketzergesetze in seine Dekretalensammlung aufnehmen, wodurch die Häresie auch im kanonischen Recht mit der Todesstrafe belegt wurde. Zugleich ordnete Gregor IX. den Inquisitionsprozess den Ausnahmeverfahren zu, die spezielle Ermittlungsmethoden für schwer nachweisbare Straftatbestände gestatteten. Ferner entzog er den lokalen Sendgerichten die Inquisitionsgewalt und führte die päpstliche Inquisition ein. Das Amt des Inquisitors nahmen dabei unabhängige Sonderbeauftragte des Vatikans wahr.

Die Verfahrensregeln für den Inquisitionsprozess legte Papst Innozenz IV. im Jahr 1252 in seiner Bulle *Ad Extirpanda* fest. Das Inquisitionsverfahren sollte als Ausnahmeverfahren durch die Inquisitoren eingeleitet werden, wobei bereits eine einfache Denunziation für die Einleitung eines Strafprozesses ausreichend sein konnte. Gleichzeitig erlaubte die päpstliche Bulle unter Bezugnahme auf den Charakter der Häresie als *crimen laesae maiestatis* die Anwendung der Folter sowie Verurteilungen auf reiner Verdachtsbasis.[10]

Ungeachtet dieser Entwicklungen konnten die Inquisitoren ihre Ermittlungskompetenzen zunächst nur eingeschränkt auf den Vorwurf der Schadenszauberei übertragen. Gemäß den päpstlichen Bullen musste eine offenkundige Verbindung zwischen der Häresie und der Schadenszauberei bestehen.[11]

Andererseits war die Kirche infolge der Zunahme der Ketzerbewegungen im Spätmittelalter jedoch bemüht, deren Gefährlichkeit für die christliche Weltordnung hervorzuheben. Aus diesem Grund unterstellte die Kirche Häretikern seit dem Spätmittelalter auch zusehends Schadenszauberei, um deren verwerfliche Gesinnung zu unterstreichen.[12] Schlussendlich erfolgte in der päpstlichen Bulle *Super illius specula* von 1326 die rechtliche Gleichsetzung von Häresie und Schadenszauberei.[13]

Infolge dieser Gleichsetzung wandelte sich auch die Sichtweise auf die Schadenszauberei im Spätmittelalter. Das *maleficium* umfasste in seiner römisch-rechtlichen Auslegung die Tatvorwürfe der Zauberei zum Nachteil von Personen oder der dörflichen Gemeinschaft, sowie Ernte-, Milch-, Wahnsinns- und Wetterzauber sowie den Giftmord.[14] Von dem *maleficium* unterschied sich ursprünglich noch die Strigavorstellung, die bis in das Spätmittelalter unabhängig von der Schadenszauberei existierte. Es handelte sich bei der Strigavorstellung, um die volkstümliche Vorstellung, dass zauberkundige Frauen nachts in den Himmel aufstiegen und auf nächtliche Liebesabenteuer auszogen.[15]

Aus dem *maleficium* und der Strigavorstellung entwickelte die Scholastik seit dem Spätmittelalter im Kontext der Ketzerverfolgungen die Hexenlehre, die den Hexenprozessen der Frühen Neuzeit zugrunde lag.[16] Die neue Hexenlehre nahm entgegen der älteren Vorstellung vom Schadenszauber an, dass die Fä-

[4] Ignor, A., Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532 – 1846 von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz. Paderborn, 2002, S. 48.
[5] Rüping, H. und Jerouschek, G., Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 5. Aufl., München, 2007, S. 12.
[6] Schimmelpfenning, B., Der Kirchenstaat im Mittelalter. In: Hesse, C., Morow, P. und Schwinges, C. (Hrsg.), Europa im späten Mittelalter. Politik – Gesellschaft – Kultur. München, 2006, S. 144 - 152.
[7] Ignor (n 4), S. 52.
[8] Ignor (n 4), S. 50.
[9] Lorenz, S., Der Hexenprozess. In: Lorenz, S. (Hrsg.), Hexen und Hexenverfolgung im deutschen Südwesten. Karlsruhe, 1994, S. 67 - 84; Hinschius, P., System des katholischen Kirchenrechts. Band 5, Berlin, 1897, S. 385f.
[10] Lorenz (n 9), S. 67f.; Hinschius (n 9), S. 485.
[11] Trusen, W., Rechtliche Grundlagen der Hexenprozesse. In: Bauer, D. und Lorenz, S. (Hrsg.), Das Ende der Hexenverfolgungen. Stuttgart, 1995, S. 203 – 226
[12] Trusen, W., Vom Inquisitionsverfahren zum Ketzer- und Hexenprozess. Fragen der Abgrenzung und Bee influssung. In: Schwab, D. und Giesen, D., Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat. Berlin, 1989, S. 435 - 450.
[13] Behringer, W., Hexen und Hexenprozesse in Deutschland. München, 2006, S. 88.
[14] Jilg, W., Hexen und Hexerei als kultur- und religionsgeschichtliches Phänomen. In: Schwaiger, G. (Hrsg.), Teufelsglaube und Hexenprozesse. 3. Aufl., München, 1991, S. 37 – 56.
[15] ibid.
[16] ibid.

higkeit zur Hexerei vom Teufel an abfällige Christen verliehen wurde. Als Grundlage für diese neue Hexenlehre dienten dabei Elemente aus der volkstümlichen Schadenszauberlehre und den Ausführungen von Augustinus von Hippo, die vom Scholastiker Thomas von Aquin aufgegriffen worden waren. Thomas von Aquin kombinierte dabei die Schadenszauberlehre und die spätantike-neuplatonische Dämonenlehre von Augustinus von Hippo.[17] Im Rahmen seiner Lehre führte er aus, dass der Teufel seinen Anhängern übernatürliche Kräfte verleihe, mit deren Hilfe sie die Christenheit schädigen sollten. Der Pakt wurde nach dieser Vorstellung durch den Geschlechtsverkehr mit dem Teufel besiegelt. Durch ihren Abfall vom christlichen Glauben und ihren Pakt mit dem Teufel machten sich die Hexen und Zauberer nach der kumulativen Hexenlehre eines *crimen laesae maiestatis* schuldig.[18] Aufgrund der Annahme, dass Hexerei als Apostasie eine schwere Sünde darstellen würde, wurde sie zugleich zu einem Unterfall der Häresie aufgewertet.

Im 14. Jahrhundert nahm die Hexenlehre sodann eine in sich geschlossene kumulative Struktur an. Sie umfasste nunmehr die Elemente des Teufelspaktes, der Teufelsbuhlschaft, des Hexenfluges und des Hexensabbats.[19] Die Hexe nahm hieran teil, um vom Teufel ihre magischen Kräfte verliehen zu bekommen. Durch die Verschmelzung der traditionellen Zaubereivorstellungen des Volksglaubens mit der Apostasie hatte die Scholastik des Spätmittelalters den neuen Straftatbestand, das *crimen magiae* entwickelt, wobei der wesentliche Unterschied zur älteren Vorstellung vom Schadenszauber in der Einbeziehung des Teufels in den Hexereivorgang lag.[20]

Ihren Abschluss fand die Entwicklung der kumulativen Hexenlehre im Alpenraum, wo es während des 14. und 15. Jahrhunderts zu den ersten Hexenprozessen kam und von wo aus sich die neue Hexenlehre in das Heilige Römische Reich verbreitete.[21] Zur Verbreitung der neuen Hexenlehre im Heiligen Römischen Reich trugen dabei insbesondere die Hexentraktate des Dominikanermönchs Johannes Nieder, des deutschen *Medicus* Johannes Hartlieb und der erstmals 1487 erschiene *Hexenhammer* des Inquisitors Heinrich Kramer, den dieser als Kommentar zur Bulle *Summis desiderantes affectibus* von 1484 verfasst hatte, bei.[22] Insbesondere dem *Hexenhammer*, der in 29. Auflagen erschien, kam eine überragende Bedeutung zu. Der *Hexenhammer* trug durch seine hohe Auflagenzahl zur Verbreitung der Hexenlehre in den deutschsprachigen Ländern bei und entwickelte eine nahezu gesetzesgleiche Autorität.[23] Auch die fatale Assoziation der Hexerei mit dem weiblichen Geschlecht lässt sich auf den *Hexenhammer* zurückführen.[24] Kramer führte insofern aus, dass Frauen weniger gläubig seien als Männer und deshalb anfälliger für den Teufel wären. Der *Hexenhammer*, der sich in drei Bücher unterteilte, erörterte im ersten und zweiten Buch die Existenz und die Natur der Hexen. Gleichzeitig gab er Auskunft über die verschiedenen *Malefizien* der Hexen, gegen die laut dem *Hexenhammer* kein Schutz existieren würde. Das dritte Buch war dem Strafverfahrensrecht gewidmet, in dem Heinrich Kramer die Übertragung der Hexenverfolgungen an weltliche Gerichte forderte.[25] Mit dem *Hexenhammer* endete zugleich die scholastische Diskussion über die Hexerei.

II. Reichsrecht und territoriale Gesetzgebung in Hexenprozessen

Auf Drängen des 1495 konstituierenden Reichskammergerichts kam es auf dem Regenburger Reichstag von 1532 zur Verabschiedung der *Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, die als *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) in die Geschichte eingegangen ist. Vor der endgültigen Verabschiedung der *Carolina* verlangten die Reichsstände die Aufnahme einer salvatorischen Klausel in das Gesetz, wonach die *Carolina* nur subsidiäre Geltung entfalten sollte.[26] Gleichwohl fand sie weite Verbreitung im Heiligen Römischen Reich, da viele Kleinstaaten die *Carolina* übernahmen. Die *Carolina* kombinierte eine Strafprozessordnung mit materiell-rechtlichen Strafnormen. Sie beruhte maßgeblich auf der *Constitutio Criminalis Bambergensis* (CCB) von 1507.[27]

Artikel 109 CCC stellte den Schadenszauber ohne die Elemente der kumulativen Hexenlehre unter Strafe. Die *Carolina* betrachtete die Apostasie und den Teufelspakt nicht als todeswürdige Delikte. Der Grund für die Ablehnung der kumulativen Hexenlehre dürfte in der Anknüpfung der *Bambergenis* an die römisch-rechtliche Tradition des Schadenszaubers zu sehen sein. So knüpfte Artikel 109 CCC an alle Tatbestandsmerkmale von Artikel 131 CCB an, der wiederum die römisch-rechtliche Schadenszauberei unter Strafe stellte.

---

[17] Behringer, W., Hexen – Glaube, Verfolgung, Vermarktung. 2. Auflage, München, 2000, S. 54; Götz, R., Der Dämonenpakt bei Augustinus. In: Schwaiger, G. (Hrsg.), Teufelsglaube und Hexenprozess. 3. Auflage, München, 1991, S. 57 - 84.

[18] Zwetslot, H., Friedrich Spee und die Hexenprozesse. Trier, 1954, S. 46.

[19] Behringer (n 17), S. 35.

[20] Oestmann, P., Hexenprozesse am Reichskammergericht. Köln, 1997, S. 29; ders., Lippische Hexenprozesse vor dem Reichskammergericht. In: Wilbertz, G., Schwerhoff, G. und Schmidt, J. M. (Hrsg.), Hexenverfolgungen und Regionalgeschichte. Die Grafschaft Lippe im Vergleich. Bielefeld, 1994, S. 235 – 261.

[21] Trusen (n 12), S. 442; Dillinger, J., Hexen und Magie: Eine historische Einführung. Frankfurt, 2007, S. 21.

[22] Behringer, W., Hexenverfolgung in Bayern. Volksmagie, Glaubenseifer und Staatsraison in der Frühen Neuzeit. 3. Auflage, München, 1987, S. 77; Lorenz, S., Aktenversendung und Hexenprozess, dargestellt am Beispiel der Juristenfakultäten Rostock und Greifswald (1570/82 – 1630). Band I, Frankfurt a.M., 1982, S. 101.

[23] Trusen (n 12), S. 448; Clarc, S., Protestant Demonology: Sin, Superstition and Society (1520 – 1630). In: Ankerloo, B. und Hennigson, G. (Hrsg), Early Modern European Witchcraft. Oxford, 1990, S. 53.

[24] Rüping und Jerouschek (n 5), S. 73; Grössing, H., Hexenwesen und Hexenverfolgung in wissenschaftshistorischer Sicht. Wien, 1998, S. 85.

[25] Rummel, W. und Voltmer, R., Hexen und Hexenverfolgung in der Frühen Neuzeit. Darmstadt, 1998, S. 31.

[26] Schmidt, E., Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Freiburg i. Br., 1965, S. 111.

[27] Schmidt (n 26), S. 109; Jerouschek, G., Die Hexen und ihr Prozess – Die Hexenverfolgung in der Reichsstadt Esslingen. Esslingen, 1992, S. 33.

Als Strafe für die Schadenszauberei normierte die *Carolina* die Verbrennung auf dem Scheiterhaufen. Diese Strafe durfte jedoch nur verhängt werden, wenn ein anderer Mensch infolge des Schadenszaubers nachweislich geschädigt worden war. Sofern ein unschädlicher Schadenszauber gewirkt worden war, sollte eine arbiträre Strafe in das Ermessen des Gerichts gestellt werden.[28]

Als Ende des 16. Jahrhunderts die der *Carolina* zugrunde liegende ältere Schadenszauberlehre durch die kumulative Hexenlehre verdrängt wurde, kam es allerdings zu einem Paradigmenwechsel von der Straftat des *maleficiums* hin zum Hexereidelikt. Die meisten Landes- und Stadtrechte folgten seit dem Ende des 16. Jahrhunderts der kumulativen Hexenlehre.[29] So erklärte beispielsweise das Herzogtum Württemberg 1567 den Teufelspakt ohne das Element der Schadenszauberei für strafbar.[30] 1572 normierten auch die Kursächsischen Konstitutionen die Todesstrafe für den Teufelspakt, wobei sie im Gegensatz zur *Carolina* den spirituellen Aspekt des Hexereidelikts hervorhoben.[31] Der Teufelspakt sollte hiernach, unabhängig davon ob ein Schadenszauber nachgewiesen werden konnte, mit dem Feuertod bestraft werden. Der punitive Schwerpunkt des Hexereidelikts wurde mithin auf die Apostasie vorverlagert, wobei gleichzeitig die Schadenszauberfrage in den Hintergrund rückte.[32] Die *Kursächsischen Konstitutionen* verknüpften zudem den apostatischen Akt mit dem Hexensabbat und führten aus, dass die Seelen der Hexen aus deren Körpern ausfahren würden, um an dem Hexensabbat teilnehmen zu können.[33] Mithin verstanden die *Kursächsischen Konstitutionen* unter der Hexerei einen intrapsychischen Akt der Apostasie, wodurch das Hexereidelikt zum Gesinnungsstrafrecht wurde.[34] Diese kursächsische Sichtweise auf das Hexereidelikt gewann über den kursächsischen Rechtskreis hinaus erheblichen Einfluss auf die territorialen Gesetzgebungen vieler deutscher Staaten.[35]

III. Weltliche Gerichte

Der Schadenszauber und später auch die Hexerei waren als weltliche Straftatbestände konzipiert worden, die vor landesherrlichen und städtischen Gerichten verhandelt wurden.[36] Aufgrund der fehlenden Zentralgewalt im *Alten Reich* wurde die Gerichtsgewalt von Adeligen und den Ständen ausgeübt. Obgleich die judikative Gewalt theoretisch bei dem Kaiser und den Landesherren lag, wurde sie infolge eines Exekutionsdefizits unter Einbindung von lokalen Machtträgern, wie Gemeindevorstehern und niedrigeren Adeligen ausgeübt. Sie erhielten die Hochgerichtsbarkeit für kleine Territorien verliehen und übten dort die Gerichtsgewalt in eigener Verantwortung aus.[37]

Die in Hexenprozessen zuständigen Hochgerichte setzten sich gemäß Artikel 46, 47 CCC aus einem Richter, zwei Schöffen und einem Gerichtsschreiber zusammen, die aufgrund ihrer sozialen Stellung ernannt werden sollten. Als problematisch erwies sich insofern, dass regelmäßig weder die Richter noch die Schöffen über Rechtskenntnisse verfügten.[38]

IV. Zusammenfassung

Die großen Ketzerbewegungen wurden von der Kirche im Konflikt um die religiöse Deutungshoheit über den christlichen Glauben bekämpft, was langfristig auch zu einer Neubewertung des Zaubereidelikts führte. Die ältere Schadenszauberlehre entwickelte sich dabei zu einem Element der kumulativen Hexenlehre, die sich seit dem 15. Jahrhundert auch im Heiligen Römischen Reich verbreitete. Gleichwohl orientierte sich die *Carolina* in römisch-rechtlicher Tradition am *maleficium* und erwähnte die neue Hexenlehre nicht. Erst mit der Normierung des Hexereidelikts in den *Kursächsischen Konstitutionen* wurde die Verfolgung der Apostasie säkularisiert, was zu dem entscheidenden Paradigmenwechsel zugunsten der Hexenlehre im Heiligen Römischen Reich führte. Der Ketzerprozess hatte sich zum Hexenprozess entwickelt, der die rechtliche Grundlage für die massenhaften Hexenprozesse der Frühen Neuzeit bilden sollte.

B. Das gerichtliche Verfahren in Hexenprozessen

Grundsätzlich wurden Hexenprozesse auf Grundlage der *Carolina* geführt, wenngleich die *Carolina* das *maleficium* und nicht das Hexereidelikt unter Strafe stellte. Allerdings diente Artikel 109 CCC aufgrund seiner konzeptionellen Offenheit für das Hexereidelikt auch für diese Strafprozesse als rechtliche Grundlage.[39] Auch die deutschen Territorialstaaten, die über eigene Hexengesetze verfügten, lehnten ihr Strafverfahrensrecht oftmals an die *Carolina* an.

I. Die Verdachtsentstehung

Als der deutlichste Hinweis, dass ein Mensch eine Hexe war, galt es, wenn die verdächtige Person vor dem schädigenden Ereignis eine *öffentliche unzweiffenlichten übelthatt* im Sinne von Arti-

[28] Von Wächter, C. G., Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere der Geschichte des deutschen Strafrechts. Tübingen, 1845, S. 290.
[29] Eiden, H., Vom Ketzer- zum Hexenprozess. In: Beier-de-Haan, R. (Hrsg.), Hexenwahn- Ängste der Neuzeit. Berlin, 2002, S. 57.
[30] Reith, A., Herzogtum Württemberg. In: Lorenz, S. und Schmidt, J. M. (Hrsg.), Wider alle Hexerei und Teufelswerk. Die europäischen Hexenverfolgungen und ihre Auswirkungen auf Südwestdeutschland. Ostfildern, 2004, S. 225 – 236.
[31] Eiden (n 29), S. 57; Wilde, M., Die Zauberei- und Hexenprozesse in Kursachsen. Köln, 2003, S. 28ff.
[32] Jerouschek (n 27), S. 40.
[33] Gurjewitsch, A., Mittelalterliche Volkskultur. München, 1987, S. 221.
[34] Jerouschek (n 27), S. 40.
[35] Behringer (n 22), S. 8; Rummel und Voltmer (n 25), S. 44.
[36] Voltmer, R. und Irsingler, F., Die europäischen Hexenverfolungen der Frühen Neuzeit. In: Beier-de-Haan, R. (Hrsg.), Hexenwahn – Ängste der Neuzeit. Berlin, 2002, S. 30 - 47; Dillinger (n 21), S. 96f.
[37] Lorenz (n 9), S. 70; Levack, B., Hexenjagd: die Geschichte der Hexenverfolgungen in Europa. 3. Auflage, München, 2003, S. 96f.; Ermann, J., Ius glaadi: Gedanken zu seiner rechtshistorischen Entwicklung. In: Zeitschrift der Savingny-Stiftung für Rechtsgeschichte, vol. 118, 2002, S. 365 - 377; Jerouschek (n 27), S. 269; Voltmer, R., Hexenprozesse und Hochgerichte. In: Eiden, H. und Voltmer, R. (Hrsg.), Hexenprozesse und Gerichtspraxis. Trier, 2002, S. 475 – 526.
[38] Lorenz (n 9), S. 70.
[39] Rummel und Voltmer (n 25), S. 54.

kel 16 CCC verübt hatte. Aus diesem Grund wurden regelmäßig diejenigen gesellschaftlichen Gruppierungen, die sozial missbilligte Verhaltensweisen aufzeigten, der Hexerei bzw. der Schadenszauberei verdächtigt.[40] Gleichzeitig konnte der schlechte Leumund einer Beschuldigten als Indiz für ihre Schuld angesehen werden.[41] Des Weiteren konnte eine verwandtschaftliche Beziehung zu einer überführten Hexe Verdächtigungen gegen ihre Angehörigen nach sich ziehen.[42] Auch die sogenannte Besagung, die Bezichtigung durch bereits geständige Hexen, konnte sich zur Grundlage für die Entstehung eines Anfangsverdachts entwickeln.[43] Die geständigen Hexen behaupteten zumeist, dass sie weitere Personen auf dem Sabbatfest erkannt haben.[44]

In Süddeutschland existierten in den Dorfgemeinschaften zudem Hexenausschüsse, die belastendes Material gegen Verdächtige sammelten und anschließend vorbrachten.[45] Die neuere Hexenforschung nimmt zudem an, dass Verdächtigungen auch aus wirtschaftlicher Missgunst oder aus Streit heraus erhoben wurden.[46] Die Verdachtsentstehung konnte auch politisch motiviert sein. In den Hochphasen der Hexenverfolgungen hatten Strafrichter, Schöffen, Gerichtsschreiber und Amtsleute die absolute Macht in ihren Gemeinden inne. So kam es vor, dass diejenigen Gemeindemitglieder die sich ihrem Machtanspruch nicht fügten, als Hexen verdächtigt und angeklagt werden konnten. Gleichzeitig konnten die vorgenannten Entscheidungsträger ein Interesse daran haben, die Hexenverfolgungen in ihren Gemeinden lange andauern zu lassen, um ihr Gewaltmonopol aufrecht zu erhalten.[47]

II. Die Verfahrenseinleitung

Die *Carolina* ermöglichte im *processus ordinarius* grundsätzlich zwei Arten der Einleitung eines Hexen- bzw. Schadenszauberprozesses, den Inquisitionsprozess gem. Artikel 6ff. CCC und den Akkusationsprozess gem. Artikel 11ff. CCC. Dessen ungeachtet war das Inquisitionsverfahren die absolut dominierende Verfahrensform.[48]

Nach der gemeinrechtlichen Lehre zerfiel der Inquisitionsprozess in die General- und die Spezialinquisition. In der Generalinquisition wurden Beweismittel und Tatverdächtige ermittelt. Sofern die Generalinquisition erfolgreich war, wurden Inquisitionsartikel erstellt, welche den Tathergang rekonstruierten. Anschließend wurde die Spezialinquisition eingeleitet. In der Spezialinquisition sollten Verdächtige überführt bzw. deren Unschuld bewiesen werden.[49] Die Verhaftung der Beschuldigten bildete dabei regelmäßig den Abschluss dieser Vorermittlungen.[50]

III. *Processus ordinarius* und *processus extraordinarius*

Das von der *Carolina* vorgesehene Verfahren wurde als *processus ordinarius* bezeichnet. Im *processus ordinarius* war den Verdächtigen in allen Phasen des Verfahrens eine Verteidigung zu gewähren. Hierzu zählte insbesondere die Hinzuziehung eines rechtsgelehrten Verteidigers im Sinne von Artikel 47 CCC. Als rechtsgelehrte Verteidiger im Sinne von Artikel 47 CCC galten insbesondere Notare.[51] Ferner mussten den Verdächtigen Einsicht in die Anklageschrift, die offiziellen Vernehmungsprotokolle von Zeugen und eingeholte Rechtsgutachten gewährt werden, um die belastenden Beweise in einer schriftlichen Einrede im Sinne von Artikel 73 CCC widerlegen zu können. Die ältere Hexenforschung vermutete noch, dass Frauen sich hierbei von ihren Ehemännern oder männlichen Verwandten vertreten lassen mussten.[52] Oestmann konnte indes nachweisen, dass in circa 30% der reichskammergerichtlichen Hexenprozesse Frauen im eigenen Namen prozessierten.[53]

Der *processus extraordinarius* wurde demgegenüber im 16. Jahrhundert in Kursachsen entwickelt. So schränkte Kurfürst August von Sachsen 1579 unter Berufung auf den *schikanösen und zu Verschleppungen führenden Missbrauch des Verteidigungsrechts* die Rechte der Beschuldigten ein.[54] Auf der Grundlage dieser kurfürstlichen Anordnung entwickelte sich ein außerordentliches Inquisitionsverfahren. Hexerei galt hiernach als ein Ausnahmeverbrechen, ein *crimen exceptum*, das sich vom römischrecht-

---

[40] Heinemann, E., Hexen und Hexenangst. 2. Auflage, Göttingen, 1998, S. 51.
[41] Lorenz (n 22), S. 318ff.
[42] Behringer (n 22), S. 402; Dillinger (n 21), S. 130; Gerst, C., Der Hexenprozess. Saarbrücken, 2007, S. 43; Pohl, H., Zauberglaube und Hexenangst im Kurfürstentum Mainz: ein Beitrag zur Hexenfrage im 16. und 17. Jahrhundert. 2. Auflage, Stuttgart, 1998, S. 247f.
[43] Moeller, K., Dass Willkür über Recht ginge: Hexenverfolgungen in Mecklenburg im 16. und 17. Jahrhundert. Bielefeld, 2007, S. 217; Behringer (n 22), S. 178; Jerouschek, G., Forschungsbericht. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 111, 1999, S. 504 – 517.
[44] Lehrmann, J., Hexen- und Dämonenglaube im Lande Braunschweig: die Geschichte einer Verfolgung unter regionalem Aspekt. Lehrte, 1997, S. 63ff., 75f.
[45] Dillinger, J., Das magische Gericht. In: Eiden, H. und Voltmer, R. (Hrsg.), Hexenprozesse und Gerichtspraxis. Trier, 2002, S. 545 - 595; ders. (n 21), S. 101.
[46] Moeller (n 43), S. 216f.; Rummel, W., Bauern, Herren und Hexen. Studien zur Sozialgeschichte sponheimischer und kurtrierischer Hexenprozesse 1574 – 1664. Göttingen, 1991, S. 318.
[47] Auch aufstrebende Familien sollen etablierte Familien denunziert haben, vgl. Voltmer, R., Hexenprozesse und Hochgerichte. In: Eiden, H. und Voltmer, R. (Hrsg.), Hexenprozesse und Gerichtspraxis. Trier, 2002, S. 475 – 526; dies., Rechtsnormen, Gerichts- und Herrschaftspraxis bei Hexereiverfahren in Lothringen, Luxemburg, Kurtrier und St. Maximin. In: Beier-de-Haan (Hrsg.), Hexenwahn – Ängste der Neuzeit. Berlin, 2002, S. 60 – 71.
[48] Oestmann (n 20), S. 155; Trusen (n 12), S. 438ff.
[49] Lorenz (n 22), S. 376.
[50] Merzbacher, F., Die Hexenprozesse in Franken. München, 1970, S. 111; Schoetensack, A., Der Strafprozess der Carolina. Leipzig, 1904, S. 97.
[51] Lorenz (n 22), S. 357f.
[52] Rummel (n 46), S. 88.
[53] Oestmann (n 20), S. 606.
[54] Lorenz (n 22), S. 377; Schmidt (n 26), S. 194ff.; Behringer (n 13), S. 157; Wilde (n 31), S. 28ff.

lichen *crimen laesae maiestatis* herleitete und bei dem die Maßgaben des *processus ordinarius* nicht eingehalten werden mussten.[55] Gehe es um derart schwere Straftaten wie die Hexerei, erläuterte der kursächsische Strafrechtsprofessor Benedikt Carpzov, müsse das Strafverfahrensrecht der *Carolina* wegen der Außerordentlichkeit der Straftat nicht eingehalten werden.[56] In Hexenprozessen seien daher untaugliche Zeugen zuzulassen und die indiziellen Anforderungen an die Folter abzusenken. Seine Ausführungen legitimierte Capzov mit den Schwierigkeiten den Tatnachweis der Hexerei im *processus ordinarius* zu führen und der Schwere des *crimen magiae* sowie der mit dem Hexereidelikt einhergehenden Apostasie.[57] Die kursächsische *crimen exceptum*-Lehre sah vor, dass in Hexenprozessen summarisch ohne Förmlichkeiten und Verteidiger verfahren werden solle.[58]

Anregungen, wie in Hexenprozessen verfahren werden solle, konnten die Gerichte auch den einschlägigen Schriften, wie Jean Bodins *De la démonomanie des sorciers* entnehmen. Jean Bodin führte in seinem Hexentraktat aus, dass Strafrichter und Schöffen Hexen auch anlügen und täuschen dürften und Besagungen zur Folter und Verhaftung ausreichend wären.[59]

Abgesehen von den vorgenannten Einschränkungen der strafverfahrensrechtlichen Garantien der *Carolina*, hatte eine vermeintliche Hexe im *processus extraordinarius* nur eingeschränkte Möglichkeiten sich zu verteidigen, die zudem im Ermessen des jeweiligen Gerichts standen. Es stand dem Gericht fernerhin frei, jedwede Verteidigungsbemühungen der Beschuldigten als versuchte Prozessverschleppung abzulehnen.[60] Diese Versagung jedweder Verteidigungsmöglichkeiten und die damit einhergehende Willkür der Verfahrensabläufe kritisierte Friedrich von Spee, der sich v.a. gegen die Auslegung der Gerichte wandte, dass die *beredete Widerlegung der Belastungsgründe ein Indiz für ein Bündnis mit dem Bösen* sein solle. Gleichzeitig kritisierte er den Ausschluss des rechtlichen Gehörs durch die Gerichte.[61] Ungeachtet dieser berechtigten Kritik orientierte sich die Mehrzahl der Hexenprozesse am *processus extraordinarius*, der weitestgehend dem vom *Hexenhammer* vorgesehenen Strafverfahren entsprach.[62]

IV. Die Ermittlungen von Amts wegen

Die *Carolina* sah drei Möglichkeiten vor, um Beschuldigte zu überführen. Es konnte für einen Strafspruch genügen, wenn zwei Augenzeugen vor Gericht aussagten, dass sie die Hexerei oder Schadenszauberei selbst beobachtet hätten (Artikel 67 CCC). Allerdings handelte es sich bei dem Zeugenbeweis um ein subsidiäres Beweismittel.[63] Eine wesentliche höhere Gewichtigkeit wurde dem Geständnis beigemessen, weil es als *regina probatium* angesehen wurde.[64] Die dritte Möglichkeit den Tatnachweis zu führen, bildete der Indizienbeweis. Auf Grundlage des Indizienbeweises durften jedoch keine Verurteilungen erfolgen (Artikel 22 CCC). Sofern die jeweiligen Indizien den Anforderungen der Artikel 23 – 44 CCC genügten, konnten die Beschuldigten einer peinlichen Befragung unterzogen werden. Gestanden die Beschuldigten und widerriefen ihre Aussagen anschließend nicht, waren die Voraussetzungen für eine Verurteilung gegeben (Artikel 60 CCC). Überstanden die Beschuldigten indes die peinliche Befragung ohne ein Geständnis abzulegen, waren sie freizusprechen (Artikel 99 CCC).

Als taugliche Zeugen im vorgenannten Sinne galten diejenigen, *die unbeleumundet, und sonst mit keiner rechtmäßigen Ursache zu verwerfen waren.*[65] Die aus dem römischen Recht übernommenen Grundsätze über die Glaubwürdigkeit von Zeugen verboten dem Gericht grundsätzlich die Verwertung der Aussagen von schlecht beleumundeten Zeugen. Zudem kannte die *Carolina* ein Verwertungsverbot für Aussagen von rechtskräftig Verurteilten. Diese Regelung stand im Widerspruch zu den Bestimmungen des *Hexenhammers*, der vorsah, dass in Hexenprozessen auch die Aussagen von *Verbrecher*[n] *und Infame*[n] *gegen jedweden zugelassen* werden müssten.[66]

Die Hexerei bzw. Schadenszauberei galt allerdings als heimliches Delikt, sodass regelmäßig keine Augenzeugen der Straftat existierten. Aus diesem Grund wurden die Beschuldigten am Anfang eines Hexenprozesses auch regelmäßig verhört. Anfangs wurden ihnen die Inquisitionsartikel vorgelesen. Anschließend wurden sie aufgefordert ein Geständnis abzulegen. Als *Anreiz* für ihre Kooperation wurde ihnen der Tod durch Enthauptung in Aussicht gestellt, der als barmherzige Strafe galt. Kooperierten die Beschuldigten nicht, konnte in einem nächsten Schritt die peinliche Befragung angeordnet werden, wenn eine ausreichende Verdachtsgrundlage existierte (Artikel 20, 22 CCC). Ob ein ausreichender Anfangsverdacht vorlag bestimmte sich nach Artikel 44 CCC. Gemäß 44 CCC konnte die peinliche Befragung angeordnet werden, falls eines der in Artikel 44 CCC genannten Indizien vorlag. Als Indiz sah Artikel 44 CCC u.a. das Anerbieten an, einen anderen Menschen die Schadenszauberei zu lehren. Auch die Androhung eines Schadens konnte als Indiz ausreichen, falls der angedrohte Schaden nach dessen Androhung tatsächlich eingetreten war. Als weitere Voraussetzung erforderte die An-ordnung der pein-

---

55 Jerouschek (n 27), S. 469.
56 Ignor (n 4), S. 102; Oestmann (n 20), S. 39; Koch, A., Denunciatio – Zur Geschichte eines strafprozessualen Instituts. Frankfurt a.M., 2006, S. 103; Sellert, W. und Rüping, H., Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege in 2 Bänden. Band I, Aalen, 1989, S. 263.
57 Gleichwohl erkannte auch Capzov die Gefahr, dass Geständnisse erfoltert werden könnten, vgl. Ignor (n 4) S. 103f.
58 Dillinger (n 21), S. 85.
59 Zwetslot (n 18), S. 118; Oestmann, P., Lippische Hexenprozesse vor dem Reichskammergericht. In: Wilbertz, G., Schwerhoff, G. und Schmidt, J. M. (Hrsg.), Hexenverfolgungen und Regionalgeschichte. Die Grafschaft Lippe im Vergleich. Bielefeld, 1994, S. 235 – 261.
60 Lorenz (n 22), S. 377f.
61 Rüping, H., Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren. Berlin, 1976, S. 62.
62 Rüping und Jerouschek (n 5), S. 53; Lorenz (n 9), S. 76.
63 Ignor (n 4), S. 6.
64 Ignor (n 4), S. 67.
65 Meckbach, H. C., Anmerkungen über Kaiser Carl des V. Peinliche Halsgerichtsordnung. Nachdruck der Ausgabe von 1756, Goldbach, 1999, S. 153.
66 Hammes, M., Hexenwahn und Hexenprozesse. Frankfurt a.M., 1981, S. 108.

lichen Befragung, dass die Beschuldigten schlecht beleumundet waren.

Sofern die formellen Voraussetzungen von Artikel 44 CCC nicht vorlagen, konnte auf allgemeinere Indizien zurückgegriffen werden. Die allgemeinen Indizien teilten sich dabei in zwei Untergruppen auf. Die erste Untergruppe nannte in den Artikeln 25, 26 CCC als allgemeine Indizien das Gerücht (Artikel 25 § 1 CCC), den Umgang mit weiteren tatverdächtigen Magiewirkern (Artikel 25 § 4 CCC), sowie die Flucht der Tatverdächtigen (Artikel 25 § 7 CCC). Von diesen Indizien genügte jedoch keines für sich allein für die Anordnung einer peinlichen Befragung. Gemäß Artikel 27 CCC mussten stets zwei Indizien vorliegen, um eine peinliche Befragung anordnen zu dürfen. Diese Indizien sollten gemäß Artikel 28 CCC dem gegenübergestellt werden, *was die Verdacht person, gutter Vermuthung, die sie von der Missethat entschuldigen mögen, für sich hab. Und so ermessen mag werden, daß die Ursachen des Argwohns grösser seind (…) die peinliche Frage gebraucht werden.*[67] Die zweite Untergruppe umfasste die Artikel 29 – 32 CCC, wobei insbesondere Artikel 31 CCC relevant war. Er enthielt Regelungen, welche dem Missbrauch von Besagungen entgegenwirken sollten. So sollten alle zur Wahrheitsfindung dienlichen Tatumstände ermittelt werden und besondere Vorsicht aufgebracht werden, falls eine bei Feindschaft zwischen Besager und Besagtem existierte.

Die vorgenannten Indizien sollten nach der *Carolina* die alleinige Grundlage für die Entscheidung bilden, ob die Beschuldigten der peinlichen Befragung unterzogen werden konnten oder nicht. Gleichwohl wurde das vorgesehene Strafverfahrensrecht in der praktischen Handhabung oftmals ignoriert. Gerade in den Hexenprozessen, die sich am *processus extraordinarius* orientierten, wurden die Anforderungen, welche die *Carolina* an die peinliche Befragung stellte, abgesenkt. So weist Lorenz zutreffend darauf hin, dass die Entscheidung über die Anordnung der Folter im *processus extraordinarius* im freiem Ermessen des Gerichts lag.[68] Gleichzeitig akzeptierten die Gerichte im *processus extraordinarius* auch zweifelhafte Indizien, um den Anschein zu erwecken, die strafverfahrensrechtlichen Vorschriften der *Carolina* zu achten. So akzeptierten Gerichte im *processus extraordinarius* nicht selten *Hexenproben* als Indiz für die Schuld der vermeintlichen Hexe. Das Ziel der *Hexenproben* war es, Fähigkeiten, welche die Hexe vom Teufel erhalten hatte, positiv festzustellen. Als Nachweis für die Liaison der Beschuldigten mit dem Teufel galten u.a. das Hexenmal und die Wasserprobe.[69] Obgleich solche *Hexenproben* im Widerspruch zum rationalen Beweisrecht der *Carolina* standen, kann aus der Häufigkeit der zeitgenössischen Erwähnungen auf eine weite Verbreitung der *Hexenproben* in den Hexenprozessen geschlossen werden.[70]

V. Aktenversendungen

Die Gerichte waren, wie erwähnt, regelmäßig mit juristischen Laien besetzt. In dem Vorwort zur *Carolina* heißt es daher zutreffend, dass *die minsten peinlich gericht mit Personen, die Unserer Keiserlichen Recht nicht gelernt haben, besetzt werden und daraus dem selben viel orten offtermals wider recht vnd gute vernunfft gehandelt, und entweder die Unschuldigen gepeinigt und getötet werd.*[71] Die *Carolina* machte mithin die Gerichtsbesetzung für exzessive Strafverfahren mitverantwortlich. Aufgrund dessen vermag es auch nicht zu verwundern, dass Artikel 7 CCC vorsah, dass die Gerichte bei rechtlichen Schwierigkeiten rechtskundige Gutachten einholen sollten.[72] Die Gutachten konnten gegen Gebühr von *Dicasterien* eingeholt werden. Als *Dicasterien* galten juristische Fakultäten, landesherrliche Obrigkeiten, Oberhöffe und Schöffenstühle, an denen studierte Juristen wirkten.[73] Die *Carolina* versuchte mithilfe der Aktenversendung, die Gerichte an die Entscheidungen gelehrter Juristen zu binden, um Rechtsmissbräuchen vorzubeugen.

Die *Dicasterien* sollten insbesondere im Hinblick auf die Indizienbewertung bei Verhaftungen (Artikel 7, 28 CCC) und der Anordnung der Folter (Artikel 7, 45 CCC) konsultiert werden. In Hexenprozessen sollten die lokalen Gerichte zudem vor jedem neuen Verfahrensschritt Rechtsgutachten einholen (Artikel 219 CCC).

Die Gutachten wurden dabei von den *Dicasterien* auf der Grundlage der übersandten Prozessakten ohne mündliche Anhörungen verfasst. Allerdings holten die Gerichte die juristischen Gutachten in Hexenprozessen oftmals nicht ein. Es scheint vielmehr üblich gewesen zu sein, sich erst an eine Spruchinstanz zu wenden, wenn die Beschuldigten bereits gefoltert worden waren und Geständnisse abgelegt hatten. In solchen Konstellationen wurden oftmals auch nicht die gesamten Prozessakten, sondern lediglich die sogenannten *Urgichten*, übersandt, bei denen es sich um eine schriftliche Abfassung des Geständnisses handelte und aus denen nicht hervorging, ob eine peinliche Befragung ordnungsgemäß angeordnet worden war. Die *Dicasterien* mussten sodann entscheiden, ob sie der Argumentation des Gerichts folgten oder den Verfahrensablauf für unrechtmäßig erachteten.[74]

VI. Die peinliche Befragung

Eine verdächtige Person, die aufgrund von Indizien verhaftet worden war, durfte zur Erlagung eines Geständnisses gefoltert werden. Gemäß Artikel 45, 47 CCC sollte die Folter an einem festgelegten Termin in Anwesenheit eines Richters, zweier Schöffen und eines Schreibers von einem Nachrichter durch-

[67] Meckbach (n 65), S. 86.
[68] Lorenz (n 9), S. 72.
[69] Lorenz (n 22), S. 107; Dillinger (n 45), S. 557.
[70] Dillinger (n 45), S. 558ff.; ders. (n 21), S. 86f.
[71] Meckbach (n 65), S. 2.
[72] Schmidt (n 26), S. 135; Gerst (n 42), S. 57.
[73] Schott, C., Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg/Br. Freiburg i. Br., 1965, S. 39.
[74] Kauertz, C., Wissenschaft und Hexenglaube. Die Diskussion des Zauber- und Hexenwesens an der Universität Helmstedt (1576 – 1626). Bielefeld, 2001, S. 110.

geführt werden. Nach zeitgenössischem Verständnis war die Folter eine Methode mit deren Hilfe sich die Beschuldigten von den Tatvorwürfen *reinigen* konnten. Aufgrund des mit ihr verbundenen physischen Schmerzens und des psychischen Drucks entwickelte sich die Androhung der Folter in Hexenprozessen jedoch zu einem Druckmittel des Gerichts zur Abpressung eines Geständnisses.

Diese Gefahr erwies sich insbesondere dort als groß, wo die Folter ohne jede Beschränkung gebraucht und beliebig oft wiederholt werden konnte, was gerade im *processus extraordinarius* nicht selten vorkam. Schon die zeitgenössischen Juristen waren sich dieses Problems bewusst und bemühten sich diesen Missbrauch zu unterbinden. Die *Carolina* versuchte u.a. die Anwendung der peinlichen Befragung durch *genugsame Anzeigen* einzuschränken und so ihren Missbrauch einzudämmen.[75]

Da Artikel 58 CCC, der das Ausmaß der Folter in das Ermessen des Gerichts stellte, recht vage blieb, orientierten sich die meisten Gerichte an dem italienischen Vorbild, welches fünf Grade der peinlichen Befragung kannte, die sich nach der Stärke des Tatverdachts richteten.[76] Der erste Foltergrad bestand aus der *Territion*, der Androhung der Folter, die in die *Verbalterrition*, die verbale Androhung der Folter und die *Realterrition*, die aus dem Vorzeigen und Anlegen der Folterwerkzeuge bestand, unterteilt wurde. Erfolgte daraufhin keine geständige Einlassung, begann die *territio realis.* Die eigentliche Folterhandlung wurde wiederum in drei von leicht bis schwer differenzierbare Grade unterteilt.

Obgleich die *Carolina* weder die Foltermethoden noch die Dauer der peinlichen Befragung reglementierte, untersagte sie Suggestivfragen und sah vor, dass ein Geständnis vom Angeklagten nach einigen Tagen ohne erneute Folterung wiederholt und protokolliert werden musste (Artikel 56, 58 CCC).[77] Weigerten sich die Beschuldigten jedoch und widerriefen ihre zuvor abgelegten Geständnisse, konnte die Folter erneut angeordnet werden (Artikel 27, 55 CCC).

Hatte die inquirierte Hexe ihre Hexerei gestanden, musste sie die genauen Tatumstände wiedergeben. Gemäß Artikel 54 CCC hatte sich das Gericht anschließend von der verfahrensrechtlichen Ordnungsmäßigkeit des Strafprozesses zu überzeugen. So sollte das Gericht die durch die peinliche Befragung erlangten Geständnisse auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüfen.

Führte die peinliche Befragung nicht zu einem Geständnis, musste das Gericht gemäß den Artikeln 61, 99, 201 CCC auf Freispruch oder auf einen vorläufigen Freispruch erkennen. Letzterer konnte ergehen, wenn das erforderliche Geständnis unter Anwendung der peinlichen Befragung nicht erlangt werden konnte oder sich keine hinreichenden Indizien für die Anordnung einer peinlichen Befragung finden ließen.[78] Der Nachteil einer solchen *absoluta ab instantia* bestand darin, dass das Verfahren gegen die Beschuldigten jederzeit wieder aufgenommen werden konnten, sobald dem Gericht neue Indizien vorlagen. Zudem konnten neue Tatvorwürfe die alten wieder aufleben lassen.[79]

Sofern die Beschuldigten von dem Gericht freigesprochen wurden, mussten sie eine *Urfehde* im Sinne von Artikel 108 CCC schwören. Die *Urfehde* bestätigte dem Gericht die Rechtmäßigkeit seines Vorgehens. Gleichzeitig gelobten die Beschuldigten durch die *Urfehde*, dass sie gegen das Gericht nicht juristisch vorgehen werden, wobei sie mit ihrem eigenen Vermögen für die Wahrhaftigkeit ihrer *Urfehden* hafteten.

VII. Das Urteil

Bei der abschließenden Urteilsfindung war das Gericht angehalten das Aktenmaterial zu studieren, dessen formale Richtigkeit im Sinne von Artikel 181 CCC zu überprüfen und es anschließend gemäß Artikel 181 CCC an die *Dicasterien* zur rechtlichen Beurteilung zu versenden.

Sofern die Beschuldigten zum Tode verurteilt wurden, wurde ihnen drei Tage vor der Urteilsvollstreckung das Urteil bekanntgegeben, um ihnen Zeit zur Aussöhnung mit Gott zu gewähren.[80] Die offizielle Verkündung des Urteils erfolgte sodann auf einem *entlichen Rechtstag*, der öffentlich begangen wurde. Zu diesem Zeitpunkt war das Urteil bereits ausgefertigt (Artikel 84, 91 CCC).[81] Nach der Urteilsverkündung wurden die Hexen dem Nachrichter zur Vollstreckung der Todesstrafe übergeben.[82] Als Hinrichtungsart war dabei grundsätzlich die Verbrennung auf dem Scheiterhaufen vorgesehen: *So jemand den Leuten durch Zauberei Schaden zufüget, soll man straffen (…) mit dem Feuer.*[83] Als strafmildernde Entscheidung galt es, falls das Gericht die Hinrichtung durch Enthauptung anordnete. Strafschärfend konnte das Gericht jedoch auch das Schleifen der Hexe zum Hinrichtungsort gemäß Artikel 193, 194 CCC anordnen. Die Entscheidung sollte dem jeweiligen Landesherrn vor der Exekution der Strafe unterbreitet werden, um diesem die Möglichkeit zu offerieren das Strafurteil abzuändern oder zu bestätigen.

Die Kosten für das Gerichtsverfahren oblagen gemäß Artikel 204 CCC grundsätzlich dem Gerichtsherrn. Sofern der Strafprozess jedoch widerrechtlich erfolgt war, konnte auch der Strafrichter gemäß Artikel 61 CCC kostenrechtlich verantwortlich sein. In der Praxis der Hexenprozesse wurden die Kosten jedoch regelmäßig von den verurteilten Hexen oder ihren An-

[75] Kauertz (n 74), S. 103; Ignor (n 4), S. 64.
[76] Lorenz (n 22), S. 329ff.; Merzbacher (n 50), S. 142ff.
[77] Schoetensack (n 50), S. 71; Levack (n 37), S. 85.
[78] Rummel (n 46), S. 106.
[79] Jerouschek (n 27), S. 274; Oestmann (n 59), S. 250.
[80] Rüping und Jerouschek (n 5), S. 56.
[81] Schild, W., Der entliche Rechtstag. In: Landau, P. und Schroeder, F.-C. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Frankfurt, 1984, S. 119 – 144.
[82] Lorenz (n 9), S. 75.
[83] Meckbach (n 65), S. 195f.

gehörigen aufgebracht. Auch die Konfiskation von Gütern der verurteilten Hexe kam vor, wenngleich sie rechtswidrig war.[84]

VIII. Zusammenfassung

Die Bedeutung der *Carolina* für den Verfahrensgang in Hexenprozessen muss als ambivalent beurteilt werden. Der Wortlaut der *Carolina* stellte nur auf schädliche Schadenszauberei ab. Strafen für unschädliche Schadenszaubereien standen im freiem Ermessen des Gerichts. Die kumulative Hexenlehre wurde von der *Carolina* nicht erwähnt. Gleichwohl bot die *Carolina* in ihrem Artikel 44 § 5 (Gemeinschaft mit Zauberern) ein Einfallstor für die kumulative Hexenlehre, insbesondere für ihr Element des Hexensabbats. Der Anfangsverdacht der Schadenszauberei konnte entsprechend Artikel 44 § 5 CCC Ermittlungen nach weiteren Magieanwendern nach sich ziehen. Demgemäß konnte Artikel 44 § 5 CCC auch als Grundlage für Hexenprozesse dienen.

Gleichwohl enthielt die *Carolina* auch Schutzvorschriften. Sie gestattete die Verteidigung durch Notare und sah die Aktenversendung an gelehrte Juristen vor, die einen mäßigenden Einfluss auf Strafverfahren ausüben konnten. Die eigentliche Schwäche der *Carolina* lag jedoch in den fehlenden Durchführungsvorschriften für die Anwendung der peinlichen Befragung. Obgleich die *Carolina* die Anordnung der peinlichen Befragung von dem Vorliegen bestimmter Indizien abhängig machte und dem Gericht die Ermittlung von Entlastungsbeweisen auftrug, waren ihre verfahrensrechtlichen Schutzmechanismen in Hexenprozessen nicht ausreichend. Die *Carolina* versäumte es insbesondere, die peinliche Befragung verbindlich zu reglementieren.[85] Gleichzeitig erwies sich Artikel 31 CCC als eine nicht ausreichende Schutzvorschrift, um missbräuchliche Besagungen in Hexenprozessen zu unterbinden. Sofern die Gerichte der kumulativen Hexenlehre folgten und die Indizienlehre der *Carolina* ignorierten oder diese extensiv auslegten, konnten *Prozesslawinen*, wie etwa im Hochstift Bamberg, anrollen. Des Weiteren erwies sich die Gerichtsbesetzung mit juristischen Laien, welche das Strafverfahrensrecht der *Carolina* oftmals nicht kannten, als fatal.

Gleichwohl unterschied sich das von der *Carolina* vorgesehene Strafverfahrensrecht positiv vom *processus extraordinarius*, an dem sich die meisten Hexenprozesse seit dem Ende des 16. Jahrhunderts orientierten. Der *processus extraordinarius* war ein summarisches Schnellverfahren, in dem die geringsten Anhaltspunkte für die Anordnung der peinlichen Befragung genügten und den Beschuldigten zudem jedwede Verteidigungsmöglichkeiten verwehrt wurden. Infolge des Paradigmenwechsels vom *maleficium* zur kumulativen Hexenlehre wurde es als christliche Pflicht angesehen, die teuflische Hexensekte zu vernichten.[86] Das außerordentliche Strafverfahrensrecht des *processus extraordinarius* ermöglichte dabei eine extensive Strafverfolgung als der *processus ordinarius* der *Carolina*.

Erschwerend kam für die Beschuldigten hinzu, dass viele kleine Adelsherrschaften Hexenprozesse politisch instrumentalisierten. Im Heiligen Römischen Reich diente die Ausübung von Hochgerichtsbarkeit auch stets als legitimierender Faktor der eigenen Herrschaft über ein Territorium. Dem folgend gewannen Hexenprozesse im Spannungsfeld zwischen konkurrierenden Herrschaftsträgern im 16. und 17. Jahrhundert zusehends an Brisanz, weil massenhafte Hexenverfolgungen auch der Legitimation eigener Herrschaftsansprüche dienten.[87] Die konkurrierenden Adeligen versuchten die Gerichtsbarkeit über Hexenprozesse in den umstrittenen Herrschaftsgebieten auszuüben und die dortigen Gerichte an die Entscheidungen ihrer *Dicasterien* zu binden. Auf diesem Weg konnten Ansprüche auf umstrittene Herrschaften öffentlich geltend gemacht werden.[88]

Es lässt sich demnach konstatieren, dass die *Carolina* mit ihrer Indizienlehre und ihren verfahrensrechtlichen Anforderungen ein gegenüber früheren Epochen wesentlich rationaleres Strafverfahren schuf. Gleichzeitig vermochte die *Carolina* die Ausbildung des *processus extraordinarius* nicht zu verhindern, der die strafverfahrensrechtlichen Maßgaben der *Carolina* in Hexenprozessen aushöhlte.

C. Die gerichtliche Kontrolle von Hexenprozessen durch die Reichsgerichte

I. Das Reichskammergericht

Kaiser Maximilian I. verkündete 1495 auf dem Reichstag in Worms den *Ewigen Landfrieden*, zu dessen Sicherung das Reichskammergericht im selben Jahr errichtet wurde. Es trat an die Stelle des königlichen Kammergerichts. Gleichwohl handelte es sich bei dem Reichskammergericht nicht um ein kaiserliches Gericht, da die Stände auf die Stellenbesetzung des Gerichts maßgeblich Einfluss ausübten.[89] Das Gericht residierte zunächst in Frankfurt am Main und verlegte seinen Sitz über Worms, Augsburg, Regensburg und Esslingen nach Speyer. Es war mit einem Kammerrichter und anfangs 16, später bis zu 41, je zur Hälfte adeligen und rechtskundigen Beisitzern besetzt. Der Kammerrichter war für die Verfahrensorganisation zuständig, während die Beisitzer die Urteilsprüche fällten.

Die Gerichtsverfassung des Reichskammergerichts war in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 geregelt. Sie bildete die verfahrensrechtliche Grundlage für die Arbeit des Reichskammergerichts. Die Reichskammergerichtsordnung schrieb fest, dass *nach des Reichs gemainen Rechten, auch nach redlichen (…) Ordnungen der Fürstenthumb, Herrschaften* zu urteilen sei.[90]

---

[84] Schormann, G., Hexenprozesse in Deutschland. Göttingen, 1996, S. 88; Lebouvie, E., Zauberei und Hexenwerk. Frankfurt a.M., 1991, S. 88, 126f., 129.

[85] Riedl (n 3), S. 45

[86] Riedl (n 3), S. 46.

[87] Voltmer (n 37), S. 486, 493; dies. (n 47), S. 68; Merzbacher (n 50), S. 93; Oestmann (n 20), S. 43.

[88] Voltmer (n 37), 516ff.; Oestmann (n 20), S. 42.

[89] Eisenhardt, U., Deutsche Rechtsgeschichte. 5. Auflage, München, 2008, S. 134.

[90] § 3 Reichskammergerichtsordnung von 1495, zitiert nach Diestelkamp, B., Zur Krise des Reichsrechts im 16. Jahrhundert. In: Angemeier, H. (Hrsg.), Sakuläre Aspekte der Reformationszeit. München, 1983, S.61.

Gleichwohl wandte das Reichskammergericht in Hexenprozessen grundsätzlich den *processus ordinarius* an, den die *Carolina* vorsah.[91]

1. Die wichtigsten Verfahrensarten in Hexenprozessen vor dem Reichskammergericht

Die Hexenprozesse bildeten lediglich einen schmalen Ausschnitt aus der gerichtlichen Tätigkeit des Reichskammergerichts. Dies ergab sich bereits aus der eingeschränkten Zuständigkeit des Reichskammergerichts für Strafsachen. So durfte das Reichskammergericht erstinstanzliche Strafurteile nur über unmittelbare Reichsangehörige, die außer dem Kaiser keinen Herrn über sich hatten, aussprechen. Zugleich war die Zuständigkeit des Reichskammergerichts als Rechtsmittelinstanz gegen Strafurteile der territorialen Strafgerichte weitestgehend ausgeschlossen. Ursächlich hierfür dürften die föderale Struktur des Heiligen Römischen Reichs sowie das Inquisitionsverfahren sein.[92] Zugleich war der Ergründung der materiellen Wahrheit nach zeitgenössischer Auffassung mit der Abgabe eines Geständnisses im erstinstanzlichen Strafverfahren genüge getan, weshalb die Möglichkeit, eine Appellation an das Reichskammergericht zu richten, kristisiert wurde. Diese Sichtweise spiegelt sich u.a. in § 95 Reichsabschied von 1530 wieder, wonach das Reichskammergericht keine Appellation annehmen durfte.[93] Die Reichskammergerichtsordnung von 1555 und das Kammergerichtskonzept von 1615 bekräftigten das Appellationsverbot des Reichsabschieds von 1530. Demgemäß konnte ein Hexenprozess vom Reichskammergericht nicht im Rahmen einer Appellationsklage überprüft werden.

Ungeachtet dessen gab es Rechtsmittel mithilfe derer Strafurteile in Hexenprozessen durch das Reichskammergericht überprüft werden konnten, u.a. die Nullitätsklage und das Mandatsverfahren.

a) Nullitätsklage

Da die Appellation in Strafsachen ausgeschlossen war, war es den Klägern vor dem Reichskammergericht verwehrt, die materielle Unrichtigkeit eines Strafurteils eines territorialen Gerichts geltend zu machen. Allerdings war es Reichsunmittelbaren erlaubt, in Strafsachen an das Reichskammergericht zu appellieren, sofern das erstinstanzliche Strafurteil *nichtigklich* prozediert worden war.[94] Die Reichskammergerichtsordnung von 1555 sah die Nullitätsklage als zulässig an, falls die territorialen Gerichte *nichtigklich oder sunst wider natürlich vernunft und billigkeyt* geurteilt hatten.[95] Einige Reichsstände beriefen sich bei Nullitätsklagen in Hexenprozessen unrechtmäßig auf ihre *privilegia de non appellando*, konnten sich mit dieser Sichtweise jedoch nicht vor dem Reichskammergericht durchsetzen.[96]

Sofern das Reichskammergericht eine Nullitätsklage verhandelte, entschied es nicht in der Sache selbst. Das Reichskammergericht konnte die erstinstanzliche Entscheidung nicht auf ihre materielle Rechtmäßigkeit hin überprüfen. Gegenstand der Nullitätsklage vor dem Reichskammergericht war allein die Art und Weise, wie der Hexenprozess von dem lokalen Gericht geführt worden war. Die Nullitätsklage weist mithin Ähnlichkeiten mit der Revision vor den Oberlandesgerichten bzw. dem Bundesgerichtshof auf, insbesondere mit der Revision wegen absoluter Revisionsgründe gemäß 338 StPO. Nichtigkeitsgründe nahm das Reichskammergericht u.a. an, wenn gegen Verfahrensvorschriften der *Carolina* verstoßen worden war, etwa dem Recht auf rechtliches Gehör.[97]

Im Hinblick auf die salvatorische Klausel verwundert die Möglichkeit der Nullitätsklage, da die *Carolina* ein subsidiäres Strafgesetzbuch war. Allerdings sollte die *Carolina* auch unvernünftigen Gewohnheiten entgegenwirken und das Reichskammergericht argumentierte, dass die *Carolina* eine uneingeschränkte Geltung hinsichtlich ihrer strafverfahrensrechtlichen Grundsätze habe. Die Missachtung dieser Grundsätze führe zur Aufhebung der Strafurteile.[98]

Die Klage war zulässig, sofern die Straftat mit einer Leibesstrafe bedroht war und der zu verklagende Gerichtsherr ein unmittelbarer Reichsangehöriger war.[99] Aufgrund dessen wurde die Nullitätsklage sowohl gegen das Gericht als auch gegen den Gerichtsherrn erhoben. Des Weiteren setzte die Nullitätsklage voraus, dass zwischen dem erstinstanzlich urteilenden Gericht und dem Reichskammergericht keine weitere Gerichtsinstanz

---

[91] Oestmann (n 20) S. 144f., 153; Dick, B., Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 – 1555. Köln, 1981, S. 142f., 220.

[92] Sellert, W., Die Zuständigkeitsabgrenzungen vom Reichshofrat und Reichskammergericht. Aalen, 1965, S. 73; Kleinheyer, G., Zur Rechtsgestalt von Akkusationsprozess und peinlicher Frage im 17. Jahrhundert. Ein Regensburger Anklageprozess vor dem Reichshofrat. Opladen, 1971, S. 14.

[93] Die Appellation war ein Rechtsmittel zur umfassenden Überprüfung unterinstanzlicher Urteile und von Verstößen gegen materielles Recht, vgl. Buchda, G., Appellation. In: Erler, A. und Kaufmann, E. (Hrsg.), Hand wörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Bd. I, Berlin, 1971, Sp. 196ff.; Szidnik, C., Das frühneuzeitliche Verbot der Appellationen in Strafsachen – Zum Einfluss der Rezeption auf die Zuständigkeit des Reichskammergerichts. Köln, 2002, S. 31ff.; Eisenhardt, U., Die kaiserlichen Privilegia de non appellando. Köln, 1980, S. 97; Oestmann (n 59), S. 235.

[94] Rüping und Jerousche (n 5), S. 47; Fuchs, P., Hexerei und Zauberei vor dem Reichskammergericht – Nichtigkeiten und Injurien. Wetzlar, 1994, S. 21f.; Schormann (n 84), S. 270ff.; Sellert (n 92), S. 75; Sellert, W., Prozeßgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens. Aalen, 1973, S. 396.

[95] Die Reichskammergerichtsordnung von 1555 unterschied die heilbaren von den unheilbaren Nullitäten. Das Reichskammergericht verlangte in Hexenprozessen, dass die Nullität unheilbar war, vgl. Oestmann (n 20), S. 71f.; Dick (n 91) S. 209. Zitiert nach Rüping und Jeoruschek (n 5), S. 47.

[96] Die kaiserlichen privilegia de non appellando bestätigten den Landesherren, dass Appellationsprozesse vor dem Reichskammergericht oder dem Reichshofrat gegen Entscheidungen ihrer Gerichte unrechtmäßig seien, vgl. Szidnik (n 93), passim und Sellert (n 94), S. 329.

[97] Dick (n 91), S. 209; Fuchs (n 94), S. 20; Oestmann (n 59), S. 248f. Die Nullitäten, die das Reichskammergericht anerkannte, lassen sich teilweise mit den absoluten Revisionsgründen des § 338 StPO vergleichen. Dies gilt insbesondere für die absoluten Revisionsgründe der örtlichen Unzuständigkeit gem. § 338 Nr. 4 StGB und der Verteidigungsbeschränkung gem. § 338 Nr. 8 StPO, vgl. Oestmann (n 20), S. 164f. und 229ff.

[98] Oestmann (n 20), S. 64.

[99] Sellert (n 92), S. 75; Oestmann (n 59), S. 235ff.

existierte.[100] Sofern die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorlagen, lud das Reichskammergericht die Verfahrensbeteiligten zur mündlichen Anhörung vor. Die Ladungen des Reichskammergerichts enthielten dabei stets das Gebot an einem bestimmten Termin vor dem Gericht zu erscheinen und sich der Gerichtsverhandlung zu stellen.[101]

Im Rahmen des Nullitätsverfahrens prüfte das Reichskammergericht sodann, ob die geltend gemachte Nullität vorlag. Stellte sich dabei heraus, dass die Klage begründet war, hob das Reichskammergericht die erstinstanzliche Entscheidung auf und verwies das Strafverfahren an die Gerichte mit der Auflage zurück, rechtmäßig zu urteilen.[102] Das Strafverfahren musste sodann neu aufgerollt werden.[103] Auffällig ist indes, dass sich keine Nullitätsklage ermitteln lässt, in dem das Reichskammergericht eine Nullität in einem Hexenprozess annahm.[104]

b) Das Mandatsverfahren

Das Mandatsverfahren zählte zu den außerordentlichen Gerichtsverfahren vor dem Reichskammergericht. Es handelte sich um ein summarisches Verfahren, dass an die formellen Verfahrensregeln nicht gebunden war.[105] Das Mandatsverfahren bezweckte einen vorläufigen Rechtsschutz des Klägers durch ein gegenüber dem Beklagten ausgesprochenes Gebot eines Tuns oder Unterlassens und weist somit gewisse Ähnlichkeiten mit dem einstweiligen Rechtsschutz der VwGO auf. In Hexenprozessen konnten im Mandatsverfahren v.a. die Gewährung einer ausreichenden Verteidigung oder die Beendigung einer ohne ausreichende Indizien durchgeführten peinlichen Befragung erreicht werden.[106] Neben einer erhöhten Eilbedürftigkeit hatte das Mandatsverfahren dieselben formellen Voraussetzungen wie die Nullitätsklage.[107]

In Konstellationen, in denen der Antragstellerin nicht wieder gutzumachende Schäden drohten, konnte das Reichskammergericht *mandate sine clausula* ohne vorherige Anhörung erlassen. *Mandate sine clausula* waren zulässig, sofern das Gericht Maßnahmen veranlasst hatte, die unrechtmäßig waren und ein nicht wieder gutzumachender Schaden für die der Antragstellerin drohte. Sie konnten zudem erlassen werden, falls die angeordneten Maßnahmen sich als schädlich für eine Herrschaft erweisen konnten. Die Reichskammergerichtsordnung erachtete *mandate sine clausula* zudem für rechtmäßig, falls der Ausgang eines Strafverfahrens nicht abgewartet werden konnte.[108] Aus den Akten des Reichskammergerichts ist ersichtlich, dass *mandate sine clausula* v.a. bei nicht ordnungsgemäßer Strafverteidigung und versäumten Aktenversendungen erlassen wurden.[109] Sofern das Reichskammergericht ein *mandate sine clausula* erlassen hatte, musste sich der Beklagte dem Mandat unterwerfen, sofern er nicht darlegen konnte, dass die Klägerin das Mandat erschlichen hatte.[110]

Das Reichskammergericht konnte jedoch auch *mandate cum clausula* erlassen, die außer Kraft gesetzt werden konnten, wenn der Beklagte wichtige Einwände vortragen konnte. Die Einwände des Beklagten konnten in einem summarischen Verfahren vorgetragen werden.[111] Sofern das Reichskammergericht das Mandat bestätigte und der jeweilige Adressat des Gebots untätig blieb, konnte das Reichskammergericht eine Geldstrafe durch Paritionsurteil verhängen und zugleich eine schwerere Strafe bei erneuter Missachtung des Mandats androhen.[112]

Das Mandatsverfahren konnte auch mit einer Nullitätsklage verbunden werden. Das Nullitätsverfahren wurde dann regelmäßig mit dem Erlass eines Mandats eingeleitet, wobei diese kombinierte Klage in Hexenprozessen selten erhoben wurde.[113]

Abschließend lässt sich konstatieren, dass Mandatsverfahren vor dem Reichskammergericht erfolgsversprechender waren als Nullitätsklagen, da es sich um summarische Eilverfahren handelte. Die Mandate des Reichskammergerichts konnten zudem präventiven Rechtsschutz gewähren und boten in den eilbedürftigen Hexenprozessen eine bessere Option für die Kläger gegen unrechtmäßige Verfahrenshandlungen Rechtsschutz zu erlangen.

c) Injurienverfahren

Das Reichskammergericht akzeptierte auch verhältnismäßig viele Appellationen von in Injurienprozessen ergangenen Entscheidungen. Injurienklagen, die römisch-rechtlichen Ursprungs waren, waren Klagen wegen der Missachtung fremder Persönlichkeitsrechte. Das Appellationsverbot in Strafverfahren hatte für sie keine Geltung, weil es sich bei ihnen um zivilrechtliche Klagen handelte.[114] Mithilfe der Injurienklagen konnten demgemäß auch Hexerei- und Schadenszaubereifragen vor dem Reichskammergericht anhängig gemacht werden.

[100] Gehm, B., Die Hexenverfolgung im Hochstift Bamberg und das Eingreifen des Reichshofrats zu ihrer Beendigung. Jena, 1999, S. 177; Sellert (n 92), S. 75.
[101] Sofern die vermeintlichen Hexen nicht persönlichen vor dem Reichskammergericht erscheinen konnten, konnten sie sich von Angehörigen oder einem Strafverteidiger vertreten lassen, vgl. Oestmann (n 20), S. 65; ders. (n 59), S. 235.
[102] Oestmann (n 20), S. 66.
[103] Sellert (n 92), S. 75.
[104] Oestmann (n 20), S. 68.
[105] Dick (n 91), S. 93; Sellert (n 94), S. 101.
[106] Fuchs (n 94), S. 19; Dick (n 91), S. 93ff.
[107] Gehm (n 100), S. 178.
[108] Oestmann (n 59), S. 238.
[109] ibid., S. 239.
[110] Wiggenhorn, H., Der Reichskammergerichtsprozess am Ende des Alten Reichs. Münster, 1966, S. 85; Oestmann (n 20), S. 74.
[111] Erler, A., Mandatsprozess. In: Erler, A. und Kaufmann, E. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Band 3, Berlin, 1984, S. 236; Dick (n 91), S. 95; Oestmann (n 20), S. 74.
[112] Wiggenhorn (n 110), S. 221f.; Erler (n 111), S. 236; Dick (n 91), S. 94; Oestmann (n 20), S. 74.
[113] Uhlhorn, M., Der Mandatsprozess. Köln, 1990, S. 11; Oestmann (n 20), S. 79.
[114] Lieberwirth, Beleidigung. In: Erler, A. und Kaufmann, E. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Band 1, Berlin, 1971, S. 358.

Das Reichskammergericht unterschied insofern zwischen Verbal- und Realinjurien. Sofern eine Person bezichtigt wurde, sie könne hexen, konnte sie ihren guten Ruf mit einer Verbalinjurienklage vor dem Reichskammergericht verteidigen. Die Verbalinjurienklage gewann in Hexenprozessen eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, weil der schlechte Ruf in Hexenprozessen nicht selten als ausreichendes Indiz für die Anordnung der Spezialinquisition angesehen wurde.[115] Zugleich bot das Injurienverfahren vor dem Reichskammergericht die Möglichkeit sich gegen Realinjurien zu wehren. Als Realinjurien wurden u.a. auch unrechtmäßige Verfahrenshandlungen in Strafverfahren angesehen. Die Ehrverletzung der Kläger lag insofern regelmäßig in der Einleitung des Strafprozesses.[116]

Die Beklagten versuchten ihre Vorgehensweisen regelmäßig mit der Argumentation zu rechtfertigen, dass sie die Bezichtigten der Hexerei- und Schadenszauberei überführen wollten. Das Reichskammergericht verwarf diese Argumentation jedoch aufgrund des strafrechtlichen Appellationsverbots. Das Reichskammergericht beschränkte sich vielmehr auf die Überprüfung, ob die Verurteilung der Kläger in einem Hexenprozess deren Ehre verletzt habe.[117]

d) Sonderfall: Revisionsverfahren

Die Parteien konnten zudem gegen Entscheidungen des Reichskammergerichts Revision ein- legen.[118] Im Reichsabschied von 1532 Titel 3 § 17 wurde der 1507 eingerichteten Visitation, einer Kommission zur Überprüfung des Reichskammergerichts, die Revision gegen alle Urteile des Reichskammergerichts übertragen. Die Revision war dabei der römisch-rechtlichen *supplicatio* nachgebildet. Allerdings wurde sie durch die Reichsgesetzgebung modifiziert.[119] Die Reichskammergerichtsordnung gestattete eine Revision, sofern eine Beschwer durch eine Entscheidung des Reichskammergerichts geltend gemacht wurde.[120]

Die Revision war auch in Hexenprozessen ein zulässiges Rechtsmittel, scheint aber von geringerer Bedeutung gewesen zu sein, als die Mandatsverfahren und die Injurienklagen. Auf den ersten Blick überrascht dies. Das Reichskammergericht entschied in Hexenverfahren in ca. 25 Prozent der verhandelten Verfahren zuungunsten der Kläger und die Revision hätte ihnen die Möglichkeit geboten, die Entscheidungen des Reichskammergerichts von der Visitation auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu lassen.[121] Allerdings war die Revision an strenge Zulässigkeitsvoraussetzungen gebunden. Der Revisionskläger musste eine hohe Geldsumme hinterlegen, die im Fall einer ablehnenden Entscheidung der Revisionsinstanz verfiel. Entscheidender für die geringe Bedeutung von Revisionen in Hexenprozessen dürfte jedoch gewesen sein, dass Revisionsverfahren seit 1587 unerledigt liegen blieben und auch *kaum* Aussicht auf Erfolg boten.[122] So scheint lediglich im Hexenprozess gegen Sidonia von Braunschweig, der vorgeworfen wurde, im Bündnis mit dem Teufel versucht zu haben, ihren Ehemann zu töten, eine Revision eine gewisse Rolle gespielt zu haben. Aber auch dieses Revisionsverfahren lässt sich nicht einwandfrei aus den noch erhaltenen Akten des Reichskammergerichts nachweisen.[123]

2. Haltung des Reichskammergerichts in Hexenprozessen

Die kumulative Hexenlehre gewann seit der zweiten Hälfte 16. Jahrhundert an Bedeutung. Die Anhänger der kumulativen Hexenlehre erachteten die Hexerei für eine todeswürdige Straftat gegen die göttliche Majestät. Am Reichskammergericht herrschte indes eine moderatere Sichtweise auf das Hexereidelikt bzw. die Schadenszauberei. An den erforderlichen Tatnachweis stellte das Reichskammergericht hohe Anforderungen. Zugleich erachtete das Reichskammergericht Berichte über Teufelsbuhlschaften für volkstümlichen Aberglauben. Allerdings gelangte das Reichskammergericht nicht zu einer vollständigen Ablehnung der Hexenlehre, wie sie bereits der Strafrechtsprofessor Christian Thomasius propagierte.[124] Gleichwohl wandte das Reichskammergericht die fortschrittliche *Carolina* an und erklärte Verfahren u.a. für nichtig, sofern die Gerichte nicht ordnungsgemäß besetzt waren.[125] Überdies erachtete das Reichskammergericht Verhaftungen nur dann für rechtmäßig, falls ein ausreichender, den Anforderungen der Indizienlehre der *Carolina* genügender, Anfangsverdacht vorlag.[126] So erklärte das Reichskammergericht Verhaftungen, welche ausschließlich aufgrund von Besagungen erfolgt waren, für unzulässig, da es Hexen für zeugnisunfähig ansah. Den Einsatz der peinlichen Befragung machte das Reichskammergericht von der Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen der *Carolina* abhängig. Zudem verlangte das Reichskammergericht von den Gerichten, dass die Beschuldigten auf ihre Verteidigungsrechte vor der peinlichen Befragung hingewiesen wurden.[127] Überdies verlangte das Reichskammergericht von den territorialen Ge-

[115] Szidnik (n 93), S. 44; Oestmann (n 20), S. 59.
[116] Bartels, K., Die Dogmatik der Ehrverletzung in der Wissenschaft des gemeinen Rechts bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts. Göttingen, 1959, S. 113; Oestmann, Hexenprozesse, S. 60ff.
[117] Oestmann (n 20), S. 62.
[118] Wiggenhorn (n 110), S. 238; Sellert, W., Die Problematik der Nachprüfbarkeit von Urteilen des Reichshofrats und des Reichskammergerichts durch die Revision und die Supplikation. In: Consilium Magnum 1473 – 1973. Brüssel 1977, S. 407 - 417.
[119] Menke, K., Die Visitation am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert. Zugleich ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Revision. Köln, 1984, S. 52; Sellert (n 118), S. 375ff.
[120] Sellert (n 118), S. 410; Dick (n 91), S. 198ff.
[121] Oestmann (n 20), S. 607.
[122] Sellert (n 94), S. 377.
[123] Wilde (n 31), S. 302.
[124] Dillinger (n 21), S. 140; Oestmann (n 20), S. 126f., 137ff.; ders. (n 59), S. 243.
[125] Oestmann (n 20) S. 160ff.
[126] ibid., S. 182.
[127] Rüping (n 61), S. 52; Schormann, G., Der Krieg gegen die Hexen: das Ausrottungsprogramm des Kurfürsten von Köln. Göttingen, 1991, S. 159.

richten, dass sie sich von Amts wegen um die Verteidigung der Beschuldigten bemühen sollten.[128]

Dem folgend lehnte das Reichskammergericht die *crimen exceptum*-Lehre ab, die die Außerordentlichkeit des Hexereidelikts hervorhob und den *processus extraordinarius* für notwendig erachtete.[129]

II. Reichshofrat

Der Reichshofrat wurde 1527 als ein vom Kaiser abhängiges Gericht, sowie als Staatsrat in Wien errichtet. Er sollte dem Schwinden der kaiserlichen Gerichtsgewalt entgegenwirken und entwickelte sich zu einem mit dem Reichskammergericht konkurrierenden obersten Reichsgericht.[130] Seine Zuständigkeiten stimmten mit denen des Reichskammergerichts überein. Sofern das Reichskammergericht und der Reichshofrat in der selben Angelegenheit angerufen worden waren, sollte das Gericht entscheiden, welches früher mit der Angelegenheit befasst worden war.[131]

Der Reichshofrat bestand aus einem Präsidenten und 12 bis 34 kaiserlichen Räten. Ein geregeltes Verfahrensrecht kannte der Reichshofrat lange nicht. Obgleich die Reichskammergerichtsordnung von 1555 und die Reichsabschiede als normative Grundlagen der Verfahren vor dem Reichshofrat zur Anwendung kamen, erfolgte die verbindliche Kodifizierung des Verfahrensrechts vor dem Reichshofrat erst in der 1654 verabschiedeten Reichshofratsordnung. Das Verfahrensrecht des Reichshofrats entsprach dabei weitestgehend dem des Reichskammergerichts.[132] Gleichwohl urteilte der Reichshofrat regelmäßig ohne förmliche Verfahren und fühlte sich auch nicht an die Anträge der Kläger oder Beklagten gebunden.[133]

1. Die wichtigsten Verfahrensarten in Hexenprozessen vor dem Reichshofrat

Das Appellationsverbot in Strafsachen galt auch vor dem Reichshofrat.[134] Am Reichshofrat waren in Hexenprozessen ebenfalls Mandatsverfahren, Nullitäts- sowie Injurienklagen zulässig. Sie waren den Verfahren vor dem Reichskammergericht nachgebildet und folgten im Wesentlichen deren Bestimmungen.[135] Umstritten ist insofern lediglich, ob Mandate des Reichshofrats auch ergingen, falls zugleich eine Nullitätsklage erhoben worden war. Sellert nimmt dies an. In Hexenprozessen lässt sich dies jedoch nicht zweifelsfrei belegen.[136]

Im *Westfälischen Frieden* wurde als Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Reichshofrats zusätzlich die Supplikation an den Kaiser zugelassen.[137] Inhaltlich war sie der kammergerichtlichen Revision nachgebildet und folgte ihren Bestimmungen. Die Supplikation konnte gegen jedwede Rechtsverletzungen geltend gemacht werden. Allerdings befasste sich der Reichshofrat seit 1648 nur in 3 Verfahren mit Hexereifragen. Er entschied dabei stets für die Kläger.[138]

2. Die Haltung des Reichshofrats in Hexenprozessen

In Hexenprozessen wurde das Reichskammergericht wesentlich häufiger angerufen, als der Reichshofrat.[139] Gleichwohl schuf der Reichshofrat durch sein entschiedenes Eingreifen in die Hexenverfolgungen im Bamburger Hochstift und in der Grafschaft Vaduz Präzendenzfälle, durch die seine Einstellung zum *crimen magiae* bekannt ist. Zwischen den Jahren 1629 und 1631, einer Epoche der ausgeprägten Hexenangst, verhandelte der Reichshofrat an 14 Sitzungstagen über die Hexenverfolgungen im Hochstift Bamberg. Der Reichshofrat erließ 6 Mandate um die Exzesse im Hochstift zu unterbinden.[140] Ferner stellte der Reichshofrat in seinem Mandat vom 12. Juni 1631 fest, dass die Bamberger Hexenprozesse gegen das geltende Recht der *Carolina* verstießen. Zugleich verbot der Reichshofrat dem Bamberger Fürstbischof zukünftig Personen aufgrund von Besagungen verhaften und foltern zu lassen. Gemäß den Ausführungen des Reichshofrats müssten für Verhaftungen oder peinliche Befragungen vielmehr ausreichende Indizien vorliegen.[141] Des Weiteren forderte der Reichshofrat, dass etwaige Schädigungen kausal auf eine Hexereihandlung zurückgeführt werden müssten. Allerdings konnte selbst bei der Annahme eines Schadens kein rational-kausaler Handlungsbezug zu einer Hexereihandlung mit ausreichender Sicherheit nachgewiesen werden.[142] Diese sog. *corpus delicti*-Lehre des Reichshofrats, die sich gegen die *crimen exceptum*-Lehre wandte, stellte die kumulative Hexenlehre in Frage und führte die Hexenprozesse auf das in der *Carolina* vorgesehene Strafverfahrensrecht zurück. Das *crimen magiae* verlor infolgedessen an Bedeutung.[143]

---

[128] Oestmann (n 20), S. 147.
[129] Rüping/Jerouschek (n 5), S. 48.
[130] Sellert (n 92), S. 8.
[131] ibid., S. 112.
[132] Sellert (n 94), S. 43, 77ff., 175f.
[133] ibid., S. 216f.; Ehrenpreis, S., Kaiserliche Gerichtsbarkeit und Konfessionskonflikt. Der Reichshofrat unter Rudolf II. 1576 – 1612. Göttingen, 2006, S. 37.
[134] Szidnik (n 93), S. 70ff.
[135] Gehm (n 100), S.177; Szidnik (n 93), S. 44.
[136] Sellert (n 94), S. 174f.; Gehm (n 100), S. 178; Uhlhorn (n 113), S. 12.
[137] Hoke, R. und Reiter-Zatloukal, I., Quellensammlung zur österreichischen und deutschen Rechtsgeschichte – vornehmlich zum Studiengebrauch. Wien, 1993, S. 208.
[138] Gehm (n 100), S. 179; Sellert (n 94), S. 374; ders. (n 118), S. 410.
[139] Gehm (n 100), S. 178; Oestmann (n 20), S. 598.
[140] Gehm (n 100), S. 180ff.
[141] ibid., S. 229.
[142] ibid., S. 229.
[143] Oestmann (n 20), S. 315; Gehm (n 100), S. 222.

Durch das konsequente Eingreifen des Reichshofrats kam es zum Ende der exzessiven Hexenprozesse im Hochstift Bamberg.[144] Die Entscheidungen des Reichshofrats wirkten sich zugleich auf die Strafurteile der lokalen Gerichte aus, weil diese eine Auseinandersetzung mit dem kaiserlichen Reichshofrat regelmäßig vermeiden wollten. So lenkte Kurköln nach dem Eingreifen des Reichshofrats in die dortigen exzessiven Hexenverfolgungen ein. Die dortigen Hexenprozesse ebbten nach dem Einschreiten des Reichshofrats ab.[145] Eine Ausnahme bildete der Graf von Vaduz, der 1684 seine Hochgerichtsbarkeit verloren hatte. Der Graf verfolgte auch nach der Aberkennung seiner Hochgerichtsbarkeit Hexen. Aufgrund dessen wurde er 1686 vom Kaiser abgesetzt und in Haft genommen.[146]

III. Zusammenfassung

Sowohl die Rechtsprechung des Reichskammergerichts, als auch die Rechtsprechung des Reichshofrats lassen erkennen, dass die beiden Reichsgerichte zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Hexenprozessen unterschieden. Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Hexenprozesses war für beide Reichsgerichte das Verfahrensrecht der *Carolina.* In Hexenprozessen ließen die Reichsgerichte keine Abweichungen von ihr zu und erteilten der *crimen exceptum*-Lehre und dem *processus extraordinarius* eine Absage. Hierbei wirkte die Vorgabe, dass Folter und Verhaftungen nicht allein aufgrund von Besagungen erfolgen dürften, richtungsweisend. Zugleich boten die Mandatsverfahren eine realistische Möglichkeit rechtswidrige Verfahrenshandlungen in Hexenprozessen zu unterbinden.

Aufgrund dessen verwundert die relativ geringe Anzahl von 264 Hexenprozessen, die vom Reichskammergericht und vom Reichshofrat verhandelt wurden. Die beiden Gerichte dürften mithin mit weniger als 1 Prozent aller Hexenprozesse im Heiligen Römischen Reich befasst gewesen sein.[147] Mit Kriedtke könnte vermutet werden, dass die tendenziell niedrige soziale Stellung der Beschuldigten eine Klage vor den Reichsgerichten erschwerte.[148] Gegen diese Sichtweise spricht jedoch, dass die Kläger vor beiden Gerichten eine Armenunterstützung, ähnlich der heutigen Prozesskostenhilfe, erhalten konnten.[149] Gleichwohl scheinen es v.a. Angehörige höherer sozialer Schichten gewesen zu sein, die sich an das Reichskammergericht und den Reichshofrat wandten.[150] Dementsprechend liegt die Annahme nahe, dass die Existenz und die Schutzfunktion der Gerichte, sowie ihre Ablehnung der *crimen exceptum*-Lehre, in gebildeteren, sozial hoher stehenden Schichten weiter verbreitet war, als in den niedrigeren und ungebildeteren sozialen Schichten.[151] Gleichzeitig gilt es zu bedenken, dass Hexenprozesse grundsätzlich Schnellverfahren waren, in denen die Beschuldigten oftmals keine Möglichkeit hatten, sich an das Reichskammergericht oder den Reichshofrat zu wenden, da die Todesstrafen zeitnah vollstreckt wurden.

Aus diesem Grund stellt sich die Frage, welche über die Einzelfälle hinausgehenden Wirkungen von den Entscheidungen der Reichsgerichte auf die Hexenprozesse ausgingen. Die ältere Hexenforschung bescheinigte dem Reichskammergericht, dass es aufgrund eines Exekutionsdefizits und der föderalen Struktur des Heiligen Römischen Reichs keinen Einfluss auf die Entwicklung der Hexenverfolgungen hatte.[152] Schormann weist demgegenüber zutreffend darauf hin, dass die Entscheidungen des Reichskammergerichts in das *Alte Reich* ausstrahlten und eine stille Wirkung entfalteten.[153] Obgleich das Reichskammergericht keine Möglichkeit hatte, seine Entscheidungen selbst durchzusetzen, führte bereits Diestelkamp überzeugend aus, dass das Exekutionsdefizit des Reichskammergerichts nicht zu der Schlussfolgerung verleiten dürfe, dass das Gericht nichts gegen die exzessiven Hexenverfolgungen des 16. und 17. Jahrhunderts bewirkt habe.[154] Die hohe Anzahl erfolgreicher Klagen vor dem Reichskammergericht spricht für eine differenziertere Betrachtungsweise. Zunächst gilt es hervorzuheben, dass die Entscheidungen des Reichskammergerichts in der Regel von den territorialen Gliedstaaten des Heiligen Römischen Reichs befolgt wurden und demgemäß keiner Exekution bedurften.[155] Des Weiteren waren die Entscheidungen des Reichskammergerichts an den *Dicasterien* bekannt.[156] Die *Dicasterien* zitierten in ihren eigenen Gutachten die Entscheidungen des Reichskammergerichts. Überdies wurde die Rechtsprechung des Reichskammergerichts auch in der zeitgenössischen Hexenliteratur wiedergegeben und hatte dementsprechend einen hohen Ver-

[144] Gehm (n 100), S. 181; Rummel und Voltmer (n 25), S. 56
[145] Schormann (n 127) S. 65f., 161ff.
[146] Seger, O., Hexenprozesse in Lichtenstein und das Salzburger Rechtsgutachten von 1682. Wien, 1987, S. 65f.
[147] Die neuere Hexenforschung nimmt an, dass im Heiligen Römischen Reich ca. 30.000 Menschen als Hexen hingerichtet wurden, vgl. Behringer, W., Neun Millionen Hexen. Entstehung. Tradition und Kritik eines populären Mythos. In: Geschichte in Wissenschaft und Unterricht vol. 49, 1998, S. 664 - 685; Dillinger (n 21), S. 89f.
[148] Kriedtke, P., Die Hexen und ihre Ankläger. In: Zeitschrift für historische Forschung vol. 14, 1987, S. 59 - 74; Oestmann (n 20), S. 605; Schormann, G., Die Haltung des Reichskammergerichts in Hexenprozessen. In: Lehmann, H. und Uhlbricht, O. (Hrsg.), Vom Unfug des Hexen-Processus. Gegner der Hexenverfolgungen von Johann Weyer bis Friedrich von Spee. Wiesbaden, 1992, S. 269 – 280.
[149] Laufs, A., Die Reichskammergerichtsordnung von 1555. Köln, 1976, S. 35f.; Dick (n 91), S. 128.
[150] Oestmann (n 20), S. 604; Gehm (n 100), S. 182.
[151] Schormann (n 127), S. 160.
[152] Merzbacher, Hexenprozesse in Franken, S. 82; Behringer, Geschichte der Hexenforschung, S. 105f.
[153] Schormann, Die Haltung, S. 279; a.A. Merzbacher, Hexenprozesse in Franken, S. 82 der den Entscheidungen des Reichskammergerichts keine Autorität zubilligt. Die Ansicht von Merzbacher wurde von Schormann, Der Krieg S. 161; Gehm, Bamberg, S. 181 und Oestmann, Hexenprozesse, S. 335 widerlegt.
[154] Diestelkamp, B., Das Reichskammergericht im Rechtsleben des 16. Jahrhunderts. In: Becker, H.-J. (Hrsg.), Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler zum 70. Geburtstag. Aalen, 1976, S. 474ff.
[155] Oestmann (n 20), S. 515.
[156] Schormann (n 127), S. 159; Oestmann (n 20), 355ff.

breitungsgrad.[157] Es lässt sich mithin konstatieren, dass die Entscheidungen des Reichskammergerichts zur Eindämmung der Hexenprozesse beitrugen.

Der Reichshofrat befasste sich demgegenüber nur in 9 Verfahren mit dem Hexereidelikt. Seine Entscheidungen dürften für die Eindämmung der Hexenverfolgungen jedoch noch entscheidender gewesen sein, als die Entscheidungen des Reichskammergerichts. In seinen Mandaten hielt der Reichshofrat an dem *processus ordinarius* fest und entwickelte eine rationale Kausalitätslehre, die sich gegen die *crimen exceptum*-Lehre wandte.[158] Zugleich unterwarfen sich die Gerichte den Entscheidungen des Reichshofrats. Anders als das Reichskammergericht, das keine unmittelbaren Möglichkeiten zur Exekution der eigenen Entscheidungen hatte, konnte sich der Reichshofrat auf die kaiserliche Autorität stützen.

Mithin lässt sich konstatieren, dass die vor den Reichsgerichten verhandelten Hexenprozesse eine wichtige Rolle auf dem Weg zu der Eindämmung der Hexenverfolgungen gespielt haben. Zugleich ist die Bedeutung der vor den Reichsgerichten verhandelten Hexenprozesse für die Entwicklung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens als gewichtig anzusehen, da es den Klägern möglich war, ihre Obrigkeiten vor den Reichsgerichten zu verklagen.

D. Fazit

Für die Verbreitung der Hexenprozesse im Heiligen Römischen Reich, wie in ganz Europa, war die Wandlung vom ursprünglichen Tatbestand des Schadenszaubers zum wissenschaftlichen Konzept der Hexerei entscheidend. Die Zauberei erhielt den verhängnisvollen Rang eines *crimen laesae maiestatis*, begründete in der Scholastik ein eigenes *crimen magiae* und wird unter dem Einfluss des *Hexenhammers* mit Frauen als Täterinnen assoziiert. Gleichzeitig wurden die von der *Carolina* vorgesehenen Schutzrechte in Hexenprozessen eingeschränkt, da das Hexereidelikt infolge der kumulativen Hexenlehre des 16. Jahrhunderts als ein *crimen exceptum* galt. Wenngleich die *Carolina* noch in der römisch-rechtlichen Tradition des Schadenszaubers stand, stellten die Kursächsischen Konstitutionen bereits auf das spirituelle Element eines Paktes mit dem Teufel ab und leiteten einen Paradigmenwechsel hin zu der kumulativen Hexenlehre ein. Dessen ungeachtet blieben die *Carolina* und ihr Inquisitionsprozess *regelmäßig* der verfahrensrechtliche Ausgangspunkt der Hexenprozesse. Es kam dabei auf die *öffentliche unzweifelhafte übelthat* an, wobei bereits der schlechte Leumund einer Beschuldigten in der Praxis der Hexenprozesse mitberücksichtigt werden konnte.

Gleichwohl erwies sich der Inquisitionsprozess als dem Akkusationsprozess überlegen, da er auf rationale Beweismittel, wie das von der Täterin erlangte Geständnis abstellte. Allerdings wirkten sich die Verweigerung der von der *Carolina* vorgesehenen Schutzrechte in Hexenprozessen, wie etwa die Verweigerung des rechtlichen Gehörs und auch die Missachtung der Unschuldsvermutung, verheerend für die Beschuldigten aus. Ungeachtet dessen existierten effektive Rechtsschutzmöglichkeiten, um die Missachtung des Verfahrensrechts der *Carolina* zu unterbinden. Hervorzuheben sind insofern das Mandatsverfahren, gerade bei der unzureichenden Gewährung von Verteidigungsrechten, sowie das zivilrechtliche Injurienverfahren. Es lässt sich insofern konstatieren, dass sowohl das Reichskammergericht, als auch der Reichshofrat einen mäßigenden Einfluss auf Hexenprozesse ausübten. Zugleich lehnten beide Reichsgerichte die Qualifizierung der Hexerei als *crimen exceptum* ab - ein nicht zu gering zu veranschlagendes Ergebnis für eine Zeit, in der Strafverfahren willkürlich verliefen, die sich am processus extraordinarius orientierten.

Literaturverzeichnis

a) Quelleneditionen

Hoke, Rudolf und *Reiter-Zatloukal*, Ilse, Quellensammlung zur österreichischen und deutschen Rechtsgeschichte – vornehmlich zum Studiengebrauch, Wien 1993.

Sellert, Wolfgang und *Rüping*, Hinrich, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege in 2 Bänden, Bd. I, Aalen 1989.

b) Monographien

Bartels, Karlheinz, Die Dogmatik der Ehrverletzung in der Wissenschaft des gemeinen Rechts bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, Göttingen 1959.

Behringer, Wolfgang, Hexen – Glaube, Verfolgung, Vermarktung, 2. Aufl., München 2000.

Ders., Hexen und Hexenprozesse in Deutschland, 6. Aufl., München 2006.

Ders., Hexenverfolgung in Bayern. Volksmagie, Glaubenseifer und Staatsraison in der Frühen Neuzeit, 3. Aufl., München 1987.

Berewinkel, Barbara, Hexen – Geschichte einer dunklen Zeit in Bildern und Berichten, Augsburg 1998.

Dick, Bettina, Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555, Köln 1981.

Dillinger, Johannes: Hexen und Magie: Eine historische Einführung, Frankfurt 2007.

Ehrenpreis, Stefan, Kaiserliche Gerichtsbarkeit und Konfessionskonflikt. Der Reichshofrat unter Rudolf II. 1576 – 1612, Göttingen 2006.

Eisenhardt, Ulrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl., München 2008.

Ders., Die kaiserlichen Privilegia de non appelando, Köln 1980.

Gehm, Britta, Die Hexenverfolgung im Hochstift Bamberg und das Eingreifen des Reichshofrats zu ihrer Beendigung, Jena 1999.

Gerst, Christoph, Der Hexenprozess, Saarbrücken 2007.

[157] Oestmann (n 20), S. 338ff.

[158] Schormann (n 127), S. 164ff.

Grössing, Helmut: Hexenwesen und Hexenverfolgung in wissenschaftshistorischer Sicht, Wien 1998.
Gurjewitsch, Aaron, Mittelalterliche Volkskultur, München 1987.
Hammes, Manfred, Hexenwahn und Hexenprozesse, Frankfurt a.M. 1981.
Heinemann, Evelyn, Hexen und Hexenangst, 2. Aufl., Göttingen 1998.
Hinschius, Paul: System des katholischen Kirchenrechts, 5. Bd., Berlin 1897.
Ignor, Alexander, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532 – 1846 von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn 2002.
Jerouschek, Günter: Die Hexen und ihr Prozess – Die Hexenverfolgung in der Reichsstadt Esslingen, Esslingen 1992.
Kauertz, Claudia, Wissenschaft und Hexenglaube. Die Diskussion des Zauber- und Hexenwesens an der Universität Helmstedt (1576 – 1626), Bielefeld 2001.
Kleinheyer, Gerd, Zur Rechtsgestalt von Akkusationsprozess und peinlicher Frage im 17. Jahrhundert. Ein Regensburger Anklageprozess vor dem Reichshofrat, Opladen 1971.
Koch, Arnd, Denunciatio – Zur Geschichte eines strafprozessualen Instituts, Frankfurt a.M. 2006.
Labouvie, Eva, Zauberei und Hexenwerk, Frankfurt a.M. 1991.
Laufs, Adolf, Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, Köln 1976.
Lehrmann, Joachim, Hexen- und Dämonenglaube im Lande Braunschweig: die Geschichte einer Verfolgung unter regionalem Aspekt, Lehrte 1997.
Levack, Brian P., Hexenjagd: die Geschichte der Hexenverfolgungen in Europa, 3. Aufl., München 2003.
Lorenz, Sönke, Aktenversendung und Hexenprozess, dargestellt am Beispiel der Juristenfakultäten Rostock und Greifswald (1570/82 – 1630), Bd. I, Frankfurt a.M. 1982.
Meckbach, Hieronymus Christoph, Anmerkungen über Kaiser Carl des V. Peinliche Halsgerichtsordnung (Nachdruck der Ausgabe von 1756), Goldbach 1999.
Menke, Klaus, Die Visitation am Reichskammergericht im 16. Jahrhundert. Zugleich ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Revision, Köln 1984.
Merzbacher, Friedrich, Die Hexenprozesse in Franken, München 1970.
Moeller, Katrin, Dass Willkür über Recht ginge: Hexenverfolgungen in Mecklenburg im 16. und 17. Jahrhundert, Bielefeld 2007.
Oestmann, Peter: Hexenprozesse am Reichskammergericht, Köln 1997.
Pohl, Herbert, Zauberglaube und Hexenangst im Kurfürstentum Mainz : ein Beitrag zur Hexenfrage im 16. und 17. Jahrhundert, 2. Aufl., Stuttgart 1998.
Riedl, Gerda, Der Hexerei verdächtig. Das Inquisitions- und Revisionsverfahren der Penziliner Bürgerin Benigna Schultzen, Göttingen 1998.
Rummel, Walter, Bauern, Herren und Hexen. Studien zur Sozialgeschichte sponheimischer und kurtrierischer Hexenprozesse 1574 – 1664, Göttingen 1991.
Ders. und *Voltmer*, Rita: Hexen und Hexenverfolgung in der Frühen Neuzeit, Darmstadt 2008.
Rüping, Hinrich, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976.
Ders. und *Jerouschek*, Günter, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl., München 2007.
Seger, Otto, Hexenprozesse in Lichtenstein und das Salzburger Rechtsgutachten vor 1682, Wien 1987.
Sellert, Wolfgang, Die Zuständigkeitsabgrenzungen vom Reichshofrat und Reichskammergericht, Aalen 1965.
Ders., Prozeßgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat im Vergleich mit den gesetzlichen Grundlagen des reichskammergerichtlichen Verfahrens, Aalen 1973.
Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965.
Schoetensack, August: Der Strafprozess in der Carolina, Leipzig 1904.
Schormann, Gerhard, Der Krieg gegen die Hexen: das Ausrottungsprogramm des Kurfürsten von Köln, Göttingen 1991.
Ders., Hexenprozesse in Deutschland, Göttingen 1996.
Schott, Clausdieter, Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg/Br., Freiburg i. Br. 1965.
Szidnik, Christian, Das frühneuzeitliche Verbot der Appellationen in Strafsachen – Zum Einfluss der Rezeption auf die Zuständigkeit des Reichskammergerichts, Köln 2002.
Uhlhorn, Manfred, Der Mandatsprozess, Köln 1990.
v. Spee, Friedrich, Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse (dt. Übersetzung der 2. Ausgabe von 1632), 6. Aufl., München 2000
v. Wächter, Carl Georg, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere der Geschichte des deutschen Strafrechts, Tübingen 1845.
Wiggenhorn, Heinrich, Der Reichskammergerichtsprozess am Ende des Alten Reichs, Münster 1966.
Wilde, Manfred, Die Zauberei- und Hexenprozesse in Kursachsen, Köln 2003.
Zwetslot, Hugo, Friedrich Spee und die Hexenprozesse, Trier 1954.

c) Aufsätze in Sammelwerken

Behringer, Wolfgang, Zur Geschichte der Hexenforschung, in: Hexen und Hexenverfolgungen im deutschen Südwesten, hrsg. von Sönke Lorenz, Ostfildern 1994, S. 93 - 146.

Buchda, Gerd, Appellation, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1971, Sp. 196.

Clarc, Stuart, Protestant Demonology: Sin, Superstition and Society (1520 – 1630), in: Early Modern European Witchcraft, hrsg. von Bengt Ankerloo und Gustav Hennigson, Oxford 1990, S. 45 – 81.

Diestelkamp, Bernhard, Das Reichskammergericht im Rechtsleben des 16. Jahrhunderts, in: Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans-Jürgen Becker, Aalen 1976.

Ders., Zur Krise des Reichsrechts im 16. Jahrhundert, in: Sakuläre Aspekte der Reformationszeit, hrsg. von Heinz Angemeier, München 1983, S. 49 – 64.

Dillinger, Johannes, Das magische Gericht, in: Hexenprozesse und Gerichtspraxis, hrsg. von Herbert Eiden und Rita Voltmer, Trier 2002, S. 545 – 595.

Eiden, Herbert, Vom Ketzer- zum Hexenprozess, in: Hexenwahn - Ängste der Neuzeit, hrsg. von Rosmarie Beier-de-Haan, Berlin 2002, S. 48 -60.

Erler, Adalbert, Mandatsprozess, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, hrsg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Berlin 1984, S. 236.

Fuchs, Peter, Hexerei und Zauberei vor dem Reichskammergericht – Nichtigkeiten und Injurien (Schriftenreihe Gesellschaft für die Reichskammergerichtsforschung e.V. Band 16) Wetzlar 1994.

Götz, Roland, Der Dämonenpakt bei Augustinus, in: Teufelsglaube und Hexenprozess, hrsg. von Georg Schwaiger, 3. Aufl., München 1991, S. 57 – 84.

Jilg, Waltraud: Hexe und Hexerei als kultur- und religionsgeschichtliches Phänomen, in: Teufelsglaube und Hexenprozesse, hrsg. von Georg Schwaiger, 3. Aufl., München 1991, S. 37 – 56.

Lieberwirth, Beleidigung, in Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, Berlin 1971, S. 358

Lorenz, Sönke, Der Hexenprozess, in: Hexen und Hexenverfolgung im deutschen Südwesten, hrsg. von Sönke Lorenz, Karlsruhe 1994, S. 67 – 84.

Oestmann, Peter, Lippische Hexenprozesse vor dem Reichskammergericht, in: Hexenverfolgung und Regionalgeschichte. Die Grafschaft Lippe im Vergleich, hrsg. von Gisela Wilbertz, Gerd Schwerhoff und Jürgen Scheffler, Bielefeld 1994, S. 235 – 261.

Reith, Anna, Herzogtum Württemberg, in: Wider alle Hexerei und Teufelswerk. Die europäische Hexenverfolgung und ihre Auswirkungen auf Südwestdeutschland, hrsg. von Sönke Lorenz und Jürgen Michael Schmidt, Ostfildern 2004, S. 225 – 236.

Schild, Wolfgang, Der entliche Rechtstag, in: Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, hrsg. von Peter Landau und Friedrich-Christian Schroeder, Frankfurt a.M. 1984, S. 119 – 144.

Schimmelpfenning, Bernhard, Der Kirchenstaat im Mittelalter, in: Europa im späten Mittelalter. Politik – Gesellschaft – Kultur, hrsg. von Christian Hesse, Peter Morow und Christoph Schwinges, München 2006, S. 144 – 152.

Schormann, Gerhard, Die Haltung des Reichskammergerichts in Hexenprozessen, in: Vom Unfug des Hexen-Processus. Gegner der Hexenverfolgungen von Johann Weyer bis Friedrich von Spee, Wiesbaden 1992, S. 269 – 280.

Sellert, Wolfgang, Die Problematik der Nachprüfbarkeit von Urteilen des Reichshofrats (RHR) und des Reichskammergerichts (RKG) durch Revision und Supplikation, in: Consilium Magnum 1473 – 1973; Herdeking van de 500. Verjaardag von de oprichtig von het Parlament en Grote Raad von Meckelen colloquim (Brussel- Meckelen) 8. – 9. XII 1973, Brüssel 1977, S. 407 – 417.

Trusen, Winfried, Rechtliche Grundlagen der Hexenprozesse, in: Das Ende der Hexenverfolgung, hrsg. von Dieter Bauer und Lorenz Sönke, Stuttgart 1995, S. 203 – 226.

Ders., Vom Inquisitionsverfahren zum Ketzer- und Hexennprozess. Fragen der Abgrenzung und Beieinflussung, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, hrsg. von Dieter Schwab und Dieter Giesen, Berlin 1989, S. 435 – 450.

Voltmer, Rita und *Irsingler*, Franz: Die europäischen Hexenverfolgungen der Frühen Neuzeit, in: Vom Ketzer zum Hexenprozess. Hexenwahn – Ängste der Neuzeit, hrsg. von Rosmarie Beier-de-Haan, Berlin 2002, S. 30 – 47.

Dies., Hexenprozesse und Hochgerichte, in: Hexenprozesse und Gerichtspraxis, hrsg. von Herbert Eiden und Rita Voltmer, Trier 2002, S. 475 – 526.

Dies., Rechtsnormen, Gerichts- und Herrschaftspraxis bei Hexereiverfahren in Lothringen, Luxemburg, Kurtrier und St. Maximin, in: Vom Ketzer zum Hexenprozess. Hexenwahn – Ängste der Neuzeit, hrsg. von Rosmarie Beier-de-Haan, Berlin 2002, S. 60 – 71.

d) Zeitschriftenaufsätze

Behringer, Wolfgang, Neun Millionen Hexen. Entstehung, Tradition und Kritik eines populären Mythos, in Geschichte in Wissenschaft und Unterricht 49 (1998), S. 664 – 685.

Ermann, Joachim, Ius glaadi: Gedanken zu seiner rechtshistorischen Entwicklung, in Zeitschrift der Savingny-Stiftung für Rechtsgeschichte 118 (2002), S. 365 – 377.

Jerouschek, Günter, Forschungsbericht Hexenverfolgungen, in ZStW 111 (1999), S. 504 – 517.

Kriedtke, Peter, Die Hexen und ihre Ankläger, in Zeitschrift für historische Forschung 14 (1987), S. 59 – 74.

Die „Säuberung" der Universitäten 1938 am Beispiel der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät

(Racially- and Politically-motivated Expulsions in 1938 at the University of Vienna. The Example of the Faculty of Law and State)

Kamila Staudigl-Ciechowicz *

Abstract

The following contribution commemorates the racially- and politically-motivated expulsions of academic teachers and students in 1938 at the University of Vienna. Though these expulsions took place in the weeks after the „Anschluss" in March 1938, anti-Semitic occurrences were common at Austrian universities long before 1938. From 1918 on anti-Semitic tendencies at the universities were getting stronger, in spring 1938 Jewish as well as political opponent scholars and students were forced to leave the Austrian universities due to national socialistic ideology. The paper shows the expulsions from a legal point of view, stressing the significance of the laws that where enacted between 1934–1938 by the austrofacist government.

Keywords: *University of Vienna; racially- and politically-motivated expulsions, anti-semitism, faculty of law and state.*

I. Zum Thema

„An den deutschen Hochschulen der Ostmark wird in Zukunft kein Platz sein für fremdrassige Lehrkräfte und für solche Personen, die in besonders gehässiger Form gegen das deutsche Volk und den Nationalsozialismus sich betätigt haben. Entfernt müssen auch diejenigen werden, die von der Systemregierung nur aufgrund ihrer politischen Einstellung ohne wissenschaftliche Eignung berufen und eingestellt worden sind." [1] Mit diesen Worten wurde der Reichserziehungsminister Bernhard Rust [2] am 7. April 1938 im Neuen Wiener Tagblatt abgedruckt. In der Nacht vom 11. auf den 12. März 1938 marschierten reichsdeutsche Soldaten in Österreich ein, am 13. März wurde der „Anschluss" juristisch vollzogen.[3] Knappe sechs Wochen später war die erste „Säuberungswelle" an der Universität Wien beendet. Der Unterrichtsminister Oswald Menghin [4] nannte in einer Verfügung vom 22. April 1938 alle Personen namentlich, denen eine weitere Tätigkeit an der Universität Wien untersagt war.[5] Wie kamen diese schnellen Maßnahmen zustande: Handelte es sich um so wenige Personen, waren die betreffenden Stellen so gut organisiert oder waren die erwünschten Daten bereits erfasst?

Während die erste Frage ganz klar verneint werden kann – den ersten „Säuberungsmaßnahmen" fielen alleine an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät 35 Personen zum Opfer, muss für das Verständnis der Organisation und den Vorarbeiten ein wenig in die Vergangenheit ausgeholt werden. Dabei soll zunächst untersucht werden, welche Personengruppen von den näher zu beleuchtenden Vertreibungen betroffen waren. Für diese Darstellung wurde eine Dreiteilung der Betroffenen ausgehend von ihrer Beziehung zur Universität getroffen: die wissenschaftlichen Lehrenden, die Studierenden und die Absolventinnen und Absolventen. Näherer Erläuterung bedürfen in diesem Zusammenhang die AbsolventInnen und die Lehrenden. In diesem Beitrag wird der Begriff „Absolvent" nur für Personen verwendet, welche die Universität mit einem akademischen Grad verlassen hatten.[6] Noch differenzierter ist die Sammelgruppe der wissenschaftlichen Lehrenden. Insbe-

* Mag. Dr. Kamila Staudigl-Ciechowicz, LL.M., Forschungsstelle für Rechtsquellenerschließung, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien, Österreich.

1 Neues Wiener Tagblatt v. 7. 4. 1938, 7.

2 Bernhard Rust (30. 9. 1883–8. 5. 1945), von 1934 bis 1945 deutscher Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung.

3 Bundesverfassungsgesetz v. 13. 3. 1938 über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich, Bundesgesetzblatt für den Bundesstaat Österreich (BGBl.) 75/1938.

4 Oswald Menghin (19. 4. 1888–28. 11. 1973), Professor für Urgeschichte an der Universität Wien, war im Frühjahr 1938 (12. 3. 1938 bis 31. 5. 1938) Minister für Unterricht, zunächst in der Bundesregierung Seyß-Inquart, nach dem „Anschluss" in der österreichischen Landesregierung. Vgl. zu ihm URBAN, Otto H., Oswald Menghin. Professor für Urgeschichte, Unterrichtsminister 1938, in: ASH, Mitchell G./EHMER, Josef (Hrsg.), *Universität – Politik – Gesellschaft* (= 650 Jahre Universität Wien – Aufbruch ins neue Jahrhundert Bd. 2), Göttingen 2015, S. 299–304.

5 Universitätsarchiv Wien (UAW), Akademischer Senat Kurrentakten, Karton (Ktn) 677, GZ 677 ex 1937/38.

6 Somit wird die Gruppe jener, die das Studium absolviert, jedoch keine Rigorosen gemacht haben und folglich keinen Doktorgrad verliehen bekamen, nicht unter der Gruppe der „Absolventen" berücksichtigt. Zum rechtswissenschaftlichen Doktorat vgl. STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Das Studium der Rechtswissenschaften, in: OLECHOWSKI, Thomas/EHS, Tamara/STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938* (= Schriften des Archivs der Universität Wien Bd. 20), Göttingen 2014, S. 129–158, hier S. 153–156.

sondere deren rechtliche Beziehung zur Universität und zum Staat konnte unterschiedlich ausgestaltet sein:[7] Professoren waren Beamte mit einer Lehrverpflichtung an der Universität, mit der Funktion als Privatdozent war hingegen keine staatliche Anstellung verbunden. Privatdozenten hatten lediglich durch die Habilitation eine Lehrbefugnis an einer Fakultät erwirkt.[8] Diese Lehrbefugnis verlieh die Fakultät mit ministerieller Bestätigung. Vereinzelt wurden Privatdozenten – je nach den Bedürfnissen der einzelnen Fakultäten – mit remunerierten Lehraufträgen ausgestattet: So an der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät in der Zwischenkriegszeit unter anderem die Privatdozenten Georg Lelewer[9] und Rudolf Pollak[10].[11]

II. Universitärer Antisemitismus vor 1938[12]

„Säuberungsmaßnahmen" an der Universität Wien waren 1938 kein Novum. Sowohl antisemitische Ausschreitungen als auch politisch-rassistische Vertreibungen waren der Alma Mater Rudolphina nicht fremd. Zwar waren antisemitische Strömungen an der Wiener Universität auch zu Zeiten der Monarchie schon vorhanden,[13] der politische Zerfall des Vielvölkerstaates, der Wegfall der integrierenden Kraft des Kaisers und die wirtschaftliche Notlage steigerten den ohnehin wachsenden Antisemitismus. Während rechtsstaatliche Einrichtungen ein Übermaß an politisch oder rassistisch begründeten rechtlichen Maßnahmen im Hochschulbereich zunächst verhinderten, zeigte die Macht des Faktischen durchaus schon in der Ersten Republik ihre antisemitische Fratze. Zwar scheiterte die Gleispach'sche Studentenordnung[14] mangels Legitimationsgrundlage, so dass de lege jüdische Studierende nicht wegen ihrer „Volkszugehörigkeit" diskriminiert werden konnten.[15] Das änderte allerdings nichts an dem universitären Antisemitismus, der sich gegen Studierende wie auch Lehrende richtete. Berufungen von Personen, die als Juden von den antisemitischen Kreisen angesehen wurden, waren nahezu unmöglich.[16] Auch Habilitationen von „Juden" wurden hintertrieben.[17] Bereits in der Monarchie war ungeschriebenes Recht, dass Juden die Rektorswürde trotz Wahl nicht annehmen dürfen.[18] In der Ersten Republik wurden immer wieder Forderungen nach einem Ausschluss von Juden aus den akademischen Spitzenfunktionen laut.[19] Dabei spielte nicht nur das Religionsbekenntnis und die Herkunft eine Rolle – entscheidend konnte durchaus die reine Außensicht sein. Wurde man als Jude oder als Nicht-Jude wahrgenommen?

---

[7] Vgl. dazu ausführlich STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, *Das Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht der Universität Wien 1848–1938. Eine rechtshistorische Untersuchung zur Stellung des wissenschaftlichen Universitätspersonals* (= Schriften des Archivs der Universität Wien Bd. 22), Göttingen 2017.

[8] Zur Habilitation vgl. STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 245–292.

[9] Georg Lelewer (29. 9. 1872–3. 4. 1960) war Privatdozent mit dem Titel eines außerordentlichen Professors an der Universität Wien. Vgl. zu ihm STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Strafrecht und Strafprozessrecht, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 420–463, hier S. 437f.; REITER-ZATLOUKAL, Ilse, Georg Lelewer – eine biografische Skizze, in: BILD, Peter/MESSINGER, Irene (Hrsg.), *A Cherry Dress. Kommentierte Memoiren der exilierten Bühnen- und Lebenskünstlerin Anita Bild* (= Manuscripta theatralia. Schriftenreihe zu raren Dokumenten und Archivalien im Fokus kulturhistorischer Grundlagenforschung Bd. 2), Göttingen 2018, S. 161–176.

[10] Rudolf Pollak (9. 6. 1864–27. 2. 1939) war Privatdozent mit dem Titel eines ordentlichen Professors an der Universität Wien. Vgl. zu ihm OLECHOWSKI, Thomas, Zivilgerichtliches Verfahrensrecht, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 396–419, hier S. 412–414.

[11] Verzeichnis v. März 1938, UAW, Akademischer Senat Kurrentakten, Ktn 677, GZ 680 ex 1937/38, zu 19.

[12] Zu diesem Thema sind rezent viele Arbeiten erschienen, so bspw.: RATHKOLB, Oliver (Hrsg.), *Der lange Schatten des Antisemitismus. Kritische Auseinandersetzungen mit der Geschichte der Universität Wien im 19. und 20. Jahrhundert*, Göttingen 2013; TASCHWER, Klaus, *Hochburg des Antisemitismus. Der Niedergang der Universität Wien im 20. Jahrhundert*, Wien 2015; TASCHWER, Klaus, Nachrichten von der antisemitischen Kampfzone. Die Universität Wien im Spiegel und unter dem Einfluss der Tageszeitungen, 1920–1933, in: GRANDNER, Margarete/KÖNIG, Thomas (Hrsg.), *Reichweiten und Außensichten. Die Universität Wien als Schnittstelle wissenschaftlicher Entwicklungen und gesellschaftlicher Umbrüche* (= 650 Jahre Universität Wien – Aufbruch ins neue Jahrhundert Bd. 3), Göttingen 2015, 99–126; FRITZ, Regina/ROSSOLINSKI-LIEBE, Grzegorz/STAREK, Jana (Hrsg.), *Alma Mater Antisemitica. Akademisches Milieu, Juden und Antisemitismus an den Universitäten Europas zwischen 1918 und 1939*, Wien 2016; STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 113–122; STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Zum rechtlichen Rahmen für die Personalpolitik an den österreichischen Universitäten im Austrofaschismus, in: ENDERLE-BURCEL, Gertrude/REITER-ZATLOUKAL, Ilse (Hrsg.), *Antisemitismus in Österreich 1933–1938*, Wien–Köln–Weimar 2018, S. 731–749; ERKER, Linda/TASCHWER, Klaus, „Eine wirklich befriedigende Lösung der Judenfrage!". Antisemitische Personalpolitik an der Universität Wien vor und nach 1933, in: ENDERLE-BURCEL/REITER-ZATLOUKAL, *Antisemitismus*, S. 751–767; ERKER, Linda, Studierende der Universität Wien und ihr Antisemitismus in der Zwischenkriegszeit, in: ENDERLE-BURCEL/REITER-ZATLOUKAL, *Antisemitismus*, S. 785–806.

[13] RATHKOLB, Oliver, Gewalt und Antisemitismus an der Universität Wien und die Badeni-Krise 1897. Davor und danach, in: RATHKOLB, *Antisemitismus*, S. 69–92.

[14] Die Studentenordnung wurde nach dem Strafrechtler und Rektor der Universität Wien 1929/30 Wenzel Gleispach, der für seinen „Radauantisemitismus" selbst im Ausland bekannt war, benannt. Vgl. STAUDIGL-CIECHOWICZ, Strafrecht, S. 429–430.

[15] Vgl. LICHTENBERGER-FENZ, Brigitte, *„…deutscher Abstammung und Muttersprache". Österreichische Hochschulpolitik in der Ersten Republik* (= Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Geschichte der Gesellschaftswissenschaften Bd. 19), Wien–Salzburg 1990.

[16] An der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät kam es in der Zwischenkriegszeit 1924 zur letzten Ernennung eines Wissenschaftlers jüdischer Herkunft zum Professor. Vgl. STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Akademischer Antisemitismus, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 67–77, hier S. 73.

[17] Vgl. TASCHWER, *Hochburg des Antisemitismus,* S. 99–132*;* STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 274–281.

[18] STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 112.

[19] STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 121; DIENER, Karl, Das Memorandum der deutschen Studentenschaft, in: *Reichspost* v. 10. 12. 1922, Nr. 303 (Morgenblatt), S. 1.

Zur Veranschaulichung sollen hier nur zwei Beispiele dienen: Adolf Merkl[20] und Eric Voegelin[21] – beide waren nichtjüdischer Herkunft, wurden aber wegen ihrem sozialen Umfeld, ihren wissenschaftlichen Kontakten und ihrem Auftreten durchaus als jüdisch angesehen wie die folgenden zeitgenössischen Berichte belegen: Als Gründe für die Enthebung Merkls von seinem Lehramt 1938 vermutete der Dozentenführer Arthur Marchet[22] „seine stark formalistische Rechtslehre und sein jüdisches Aussehen“[23]. Der Strafrechtler Wenzel Gleispach[24] – ein ehemaliger Kollege Merkls – beschreibt ihn 1942: „Jüngerer, lebhafter gewissenhafter Mann. Sieht etwas jüdisch aus, obwohl er rein arischer Abstammung sein soll.“[25] Ähnlich verhält es sich bei Voegelin, der bereits vor dem „Anschluss“ als Jude wahrgenommen wurde. Voegelin ging den Gerüchten nach und stellt deren Verbreiter zur Rede – dieser erklärte, Voegelins „Jüdischsein“ an seiner Intelligenz und seinem schleichenden Gang erkannt zu haben.[26] Diese Gerüchte hatten zur Folge, dass Voegelin von Fachkollegen 1938 mit dem Zusatz „(Jude!)“ zitiert wurde[27] – eine Zitierweise, die in Hitlerdeutschland für Publikationen von Juden vorgeschrieben war. Dieses Gerücht mag neben seiner Nähe zu Othmar Spann[28] auch ein Grund für die Vertreibung Voegelins von der Universität Wien gewesen sein.

Eine Verrechtlichung von „Säuberungsmaßnahmen“ ging mit der Etablierung des „autoritären Ständestaats“ 1934 einher. Mithilfe außerordentlicher Gesetzgebung führte die Dollfuß-Regierung ein rechtliches Instrumentarium ein, das die Entfernung unbequemer Hochschullehrer ermöglichte.[29] Eine „Säuberungswelle“ wurde 1934 durchgeführt, bereits vorab wurden Personallisten erstellt, die Namen von 37 potenziell zu entfernenden Professoren enthielten.[30] Einer der Faktoren für die schnelle Bearbeitung der viel umfangreicheren „Säuberungslisten“ 1938 war wohl die Erfahrung der Verwaltungsbeamten der zuständigen Stellen. Das Schriftbild der Akten des Unterrichtsministeriums zu den „Säuberungen“ 1934 und jenen von 1938 zeigt deutlich, dass die medizinische Fakultät 1938 vom gleichen Verwaltungsbeamten betreut wurde, der 1934 die Personallisten der Zwangspensionierungen und Beurlaubungen betreute.[31] Diese Kontinuitäten beschleunigten freilich den „Säuberungsprozess“.

III. Die Folgen des „Anschlusses“ 1938 an der Universität Wien[32]

Unverzüglich – am 15. März 1938 – wurde der Botaniker und ordentliche Professor Fritz Knoll[33] als Aufsichtsorgan der

[20] Adolf J. Merkl (23. 3. 1890–22. 8. 1970), ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien. Vgl. zu ihm rezent: SCHARTNER, Irmgard, *Die Staatsrechtler der juridischen Fakultät der Universität Wien im „Ansturm“ des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main u.a. 2011, S. 211–237; STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Von Adamovich bis Pfeifer – eine Auseinandersetzung mit der Staatsrechtslehre an der Universität Wien in Zeiten der politischen Umbrüche der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in: MEISSEL, Franz Stefan/OLECHOWSKI, Thomas/REITER-ZATLOUKAL, Ilse/SCHIMA, Stefan (Hrsg.), *Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945* (= Juridicum Spotlight Bd. 2), Wien 2012, S. 203–232; OLECHOWSKI, Thomas/STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Allgemeines und österreichisches Staatsrecht, Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 465–521.

[21] Eric(h) Voegelin (3. 1. 1901–19. 1. 1985) war Privatdozent mit dem Titel eines außerordentlichen Professors an der Universität Wien. Vgl. zu ihm; EHS, Tamara, Gesellschaftswissenschaft, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 580–604, hier S. 601.

[22] Arthur Marchet (18. 9. 1892–30. 5. 1980), vgl. zu ihm SCHARTNER, *Staatsrechtler,* S. 194–197.

[23] Schreiben des Dozentenführers an die NSDAP Gauleitung Wien v. 7. 3. 1942, Österreichisches Staatsarchiv (ÖStA), Archiv der Republik (AdR), Gauakt 1841, zit. nach: SCHARTNER, *Staatsrechtler,* S. 215 Anm. 550.

[24] Wenzel Gleispach (22. 8. 1876–12. 3. 1944) bis 1933 ordentlicher Professor für Strafrecht an der Universität Wien. Vgl. zu ihm: KRAUS, Erich, Wenzel Gleispach und die österreichische Hochschulpolitik in der Zwischenkriegszeit (ungedruckte phil. Diss.), Wien 1976; STAUDIGL-CIECHOWICZ, Strafrecht, S. 426–432.

[25] Bericht von Wenzel Gleispach v. 9. 4. 1942, ÖStA, AdR, Gauakt 1841, zit. nach: SCHARTNER, *Staatsrechtler,* S. 215 Anm. 551.

[26] Vgl. ausführlicher STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 119.

[27] So in der Publikation von Helfried PFEIFER, *Die Staatsführung nach deutschem, italienischem und bisherigem österreichischen Recht*, Wien–Leipzig 1938, S. 47 Anm. 15.

[28] Othmar Spann (1. 10. 1878–8. 7. 1950), ordentlicher Professor für Politische Ökonomie, vgl zu ihm: EHS, Gesellschaftswissenschaft, S. 581–590.

[29] Vgl. dazu STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 203–221, STAUDIGL-CIECHOWICZ, Austrofaschismus; EICHBERGER, Leena, Politisch motivierte Disziplinarverfahren und Entlassungen an der Universität Wien zur Zeit des Austrofaschismus. Eine Bestandaufnahme für das Aktenjahr 1934, in: ÖSTERREICHISCHE HOCHSCHÜLERINNENSCHAFT (Hrsg.), *Österreichische Hochschulen im 20. Jahrhundert. Austrofaschismus, Nationalsozialismus und die Folgen*, Wien 2013, S. 313–328.

[30] ÖStA, Allgemeines Verwaltungsarchiv (AVA), Unterricht Allg., Ktn 797, GZ 3680-I/34. Vgl. näher dazu STAUDIGL-CIECHOWICZ, Austrofaschismus.

[31] ÖStA, AVA, Unterricht Allg., Ktn 797, GZ 3680-I/34; ÖStA, AVA, Unterricht Allg., Ktn 799, GZ 12475-I/38.

[32] Vgl. dazu insbes. WEINERT, Willi, Die Maßnahmen der reichsdeutschen Hochschulverwaltung im Bereich des österreichischen Hochschulwesens nach der Annexion 1938, in: KONRAD, Helmut/NEUGEBAUER, Wolfgang (Hrsg.), *Arbeiterbewegung – Faschismus – Nationalbewusstsein. Festschrift zum 20jährigen Bestand des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstandes und zum 60. Geburtstag von Herbert Steiner*, Wien–München–Zürich 1983, S. 127–134; HEISS, Gernot/MATTL, Siegfried/MEISSL, Sebastian/SAURER, Edith/STUHLPFARRER, Karl (Hrsg.), *Willfährige Wissenschaft. Die Universität Wien 1938–1945* (= Österreichische Texte zur Gesellschaftskritik 43), Wien 1989; REITER, Ilse, Die Universität im Dritten Reich. Hochschulrecht im Dienste ideologischer Gleichschaltung, in: DAVY, Ulrike/FUCHS, Helmut/HOFMEISTER, Herbert/MARTE, Judith/REITER, Ilse (Hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtsetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, Wien 1990, S. 347–387; MÜLLER, Albert, Dynamische Adaptierung und „Selbstbehauptung“. Die Universität Wien in der NS-Zeit, in: *Geschichte und Gesellschaft* 23 (1997), S. 592–617; SCHARTNER, *Staatsrechtler,* S. 9–28; MEISSEL/OLECHOWSKI/REITER-ZATLOUKAL/SCHIMA, *Vertriebenes Recht.*

[33] Fritz Knoll (21. 10. 1883–24. 2. 1981), vgl. zu ihm KNIEFACZ, Katarina, *Fritz (Friedrich) Knoll* (https://geschichte.univie.ac.at/de/personen/fritz-friedrich-knoll-prof-dr [23. 4. 2017/17. 11. 2018]).

NSDAP über die Wiener Universität installiert. Am gleichen Tag folgte der Rücktritt des amtierenden Rektors Ernst Späth[34], der die Amtsgeschäfte an Knoll übergab.[35] Neubesetzt wurden ebenfalls die Dekanstellen mit kommissarischen Dekanen – all diese Änderungen der Spitzenfunktionäre erfolgten nicht wie bislang durch Wahlen[36] sondern durch Ernennung im Sinne des autoritären Prinzips. Sowohl diese Änderungen als auch die rechtlichen Personalmaßnahmen waren stets um das Wahren des „Anscheins der Ordnungskonformität"[37] bemüht.

1. Zur rechtlichen und faktischen Vertreibung der Hochschullehrer

Unmittelbar nach dem „Anschluss" kam es zu einer „Phase spontanen Terrors und spontaner Vertreibungen"[38]. Deren Ausmaß lässt sich nur anhand von einzelnen Berichten von Betroffenen erahnen. In seinem Nachruf auf den außerordentlichen Professor für Römisches Recht, Emil Goldmann,[39] der als Jude von der Universität Wien vertrieben wurde beschreibt Franz Leifer[40] Goldmanns Schicksal nach dem „Anschluss": „Ich habe es nie fassen können, was diesem edlen, grundgütigen Menschen, der nie jemand etwas zuleide getan hat, in jenen unglückseligen Märztagen des Jahres 1938 widerfahren ist. Pöbelhafte Anflegelungen am Telephon, Drohbriefe rassenwahnsinnig gewordener unreifer Jungen, rohe Einbrüche in seiner Wohnung – sogar die kleine Schreibmaschine, die er jahrelang zu seinen wissenschaftlichen Arbeiten benutzt hat, trug man ihm davon – der stille Gelehrte hat dies alles hingenommen in stoischer Ruhe, hat nach außen hin immer Haltung bewahrt – man frage nicht, wie es damals in seinem Inneren ausgesehen hat."[41]

Hausdurchsuchungen bei missliebigen Hochschullehrern waren nichts außergewöhnliches, wie der Kirchenrechtler Willibald Plöchl[42] dreißig Jahre später festhielt.[43] Vermerke über Hausdurchsuchungen in Institutsräumlichkeiten finden sich auch in den Akten des Rektorats der Universität Wien.[44] Auch Adolf Merkl erwähnt 1945 eine mehrstündige Hausdurchsuchung, die in seiner Wohnung am 29. und 30. März 1938 von 4 Beamten der Gestapo durchgeführt wurde.[45] Beschlagnahmt wurden 40 bis 50 Broschüren und Bücher, verschiedene Korrespondenz und sein Reisepass – 1945 war ihm der Verbleib seiner Sachen nach wie vor unbekannt. Ebenfalls Ferdinand Degenfeld-Schonburg[46] erinnert sich in seiner Autobiographie an eine „eindringliche Hausdurchsuchung" unmittelbar nach dem „Anschluss".[47] Heinrich Klang[48] wurde gleich zweimal von der Gestapo in seiner Wohnung belästigt. Beim zweiten Mal erschien in seiner Abwesenheit „eine dreigliedrige Kommission der Gestapo […] sprengte [s]einen Schreibtisch auf, durchsuchte ihn und entfernte sich wieder nachdem [s]eine Wirtschafterin ihnen die gewünschten Auskünfte über [s]eine Lebensweise gegeben hatte."[49]

Manche Hochschullehrer wurden gar verhaftet, wie beispielsweise der Pathologe Theodor Bauer[50]. Bauer verbrachte fünf Wochen in Polizeihaft und weitere neun Wochen im Gefängnis des Wiener Landesgerichts.[51] Insbesondere während der Polizeihaft wurde Bauer psychisch und physisch misshandelt.

Gleichzeitig wurden rechtliche Maßnahmen getätigt, um missliebige Hochschullehrer von der Universität zu entfernen. Bereits am 15. März 1938 verfügte Hitler mit Erlass die Vereidigung der öffentlichen Beamten des Landes Österreich – so auch der Universität Wien.[52] Der Erlass schloss Juden von der Vereidigung aus und definierte gleichzeitig, wer als „Jude" zu gelten habe. Die Definition entstammt den Nürnberger „Rassengesetzen" und stellte primär auf rassistische Merkmale ab unter

[34] Ernst Späth (14. 5. 1886–30. 9. 1946), vgl. zu ihm: SOUKUP, Rudolf Werner, Späth, Ernst, in: *Neue Deutsche Biographie* Bd. 24, Berlin 2010, S. 610–611.

[35] MÜLLER, Dynamische Adaptierung, S. 597.

[36] Zu den akademischen Behörden vgl STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 41–109.

[37] MÜLLER, Dynamische Adaptierung, S. 598.

[38] MÜLLER, Dynamische Adaptierung, S. 596.

[39] Emil Goldmann (2. 11. 1872–6. 6. 1942) war 1938 außerordentlicher Professor an der Universität Wien, vgl. zu ihm OLECHOWSKI, Thomas, Rechtsgermanistik zwischen Ideologie und Wirklichkeit, in: MEISSEL/OLECHOWSKI/REITER-ZATLOUKAL/SCHIMA, V*ertriebenes Recht,* S. 79–105, hier 88f., 92f.

[40] Franz Leifer (14. 11. 1883–5. 8 1957) war 1938 Privatdozent an der Universität Wien, vgl. zu ihm STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Römisches Recht, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 263–291, hier S. 284f.

[41] LEIFER, Franz, In memoriam Prof. Dr. Emil Goldmann, in: *Juristische Blätter* 1948, S. 36, zit. nach: OLECHOWSKI, Rechtsgermanistik, S. 92.

[42] Willibald Plöchl (7. 7. 1907–27. 5. 1984) war 1938 Privatdozent an der Universität Wien. Vgl. zu ihm STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Kirchenrecht, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 319–341, hier 337f.

[43] PLÖCHL, Gerhardt, *Willibald Plöchl und Otto Habsburg in den USA. Ringen um Österreichs „Exilregierung" 1941/42*, Wien 2007, S. 15.

[44] UAW, Akademischer Senat Kurrentakten Ktn 677, GZ 705/I ex 1937/38.

[45] UAW, Jur PA Adolf Merkl, 015.

[46] Ferdinand Degenfeld-Schonburg (1. 3. 1882–11. 3. 1952) war 1938 ordentlicher Professor an der Universität Wien. Vgl. zu ihm EHS, Tamara, Nationalökonomie & Volkswirtschaftspolitik, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 547–580, hier 564–566.

[47] DEGENFELD-SCHONBURG, Ferdinand, [Selbstdarstellung], in: GRASS, Nikolaus (Hrsg.), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Innsbruck 1952, S. 41–54, hier S. 46.

[48] Heinrich Klang (15. 4. 1875–22. 1. 1954) war 1938 Privatdozent an der Universität Wien. Vgl. zu ihm GÖSSLER, Günter/NIKLAS, Martin, Heinrich Klang. Praxis und Theorie – Verfolgung und Rückkehr, in: MEISSEL/OLECHOWSKI/REITER-ZATLOUKAL/SCHIMA, V*ertriebenes Recht,* S. 281–299.

[49] KLANG, Heinrich, [Selbstdarstellung], in: GRASS, *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften*, S. 117–135, hier S. 131.

[50] Theodor Bauer (12. 2. 1885–3. 9. 1959), vgl. zu ihm STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 715f.

[51] BARKOW, Ben/GROSS, Raphael/LENARZ, Michael (Hrsg.), *Novemberpogrom 1938. Die Augenzeugenberichte der Wiener Library, London*, Frankfurt am Main 2008, S. 712–715.

[52] Gesetzblatt für das Land Österreich (GBlÖ) 3/1938.

zusätzlich Berücksichtigung von konfessionellen und sozialen Faktoren. Wer sich weigerte den Eid zu leisten war vom Dienst zu entheben. Wie sich der Ausschluss von der Vereidigung auf die „jüdischen" Gelehrten auswirken würde, war dem Erlass nicht zu entnehmen – ob „einer als Jude zu gelten hatte, mußte dieser selbst entscheiden."[53] Ein Erlass des Unterrichtsministers schärfte den Rektoren ein, „besonders darauf zu achten, daß die Bestimmungen" über jüdische Personen „genauestens eingehalten werden" und explizit vor der Vereidigung an diese Vorschriften zu erinnern.[54] Eine Woche später, am 22. März 1938, fand „im festlich geschmückten Senatssaale der Wiener Universität" die feierliche Vereidigung der ordentlichen und außerordentlichen Professoren der Universität Wien statt,[55] weitere Termine folgten. Wie Müller in seiner Studie zutreffend feststellt, bestand für „die meisten der beteiligten Akteure […] wohl kaum ein Grund, die Legalität dieses ersten Selektionsschrittes in Zweifel zu ziehen, schließlich gehörte das Ritual der Vereidigung zu den langen Traditionen des österreichischen Beamtenwesens."[56]

Bereits zwei Tage nach der ersten Vereidigung schloss das Unterrichtsministerium mit den Erlässen vom 24. bzw. 26. März 1938 „jüdische" und politisch unliebsame Hochschullehrer pauschal von ihrer Tätigkeit aus.[57] Aus den Akten des Universitätsarchivs ergibt sich, dass Ende März noch Unklarheit herrschte, wer „aus rassischen Gründen den Eid nicht ablegen konnte" – der kommissarische Dekan der medizinischen Fakultät, Eduard Pernkopf,[58] ersuchte diesbezüglich das Rektorat um die Übermittlung eines Verzeichnisses.[59]

Nach den ersten Maßnahmen gegen Professoren folgten Maßnahmen gegen Privatdozenten, die mangels Beamtencharakter – mit einigen Ausnahmen – keinen Eid leisten mussten. Am 24. März 1938 stellte der Unterrichtsminister klar, dass der Vereidigung auch Personen unterliegen, „die innerhalb des öffentlich-rechtlichen Verwaltungsbereiches zu Leistungen gegen ein im vornhinein bestimmtes regelmässig wiederkehrendes Entgelt verpflichtet sind, mag das Entgelt auch als Honorar, Remuneration oder Stipendium bezeichnet werden"[60] – folglich waren auch einige Privatdozenten von der Pflicht der Eidablegung umfasst. Unabhängig von ihrer Stellung zur Universität sollten die Maßnahmen die Vertreibung der unerwünschten Wissenschaftler sicherstellen. Folglich erfolgte am 6. April 1938 eine pauschale Aberkennungen der Lehrbefugnis von jüdischen Privatdozenten durch das Unterrichtsministerium.[61]

Ende März/Anfang April wurden in den Dekanaten Personallisten erstellt, welche die aus rassistischen oder politischen Motiven zu entfernenden Hochschullehrer verzeichneten.[62] Den Auftrag dafür erhielten die Universitäten vom Unterrichtsministerium bereits am 26. März 1938.[63] Der erhaltene Schriftverkehr mit dem Unterrichtsministerium gibt Einblicke in die immer wieder aktualisierten Listen – so beispielsweise der Wiener medizinischen Fakultät.[64] Eine wichtige Rolle spielte dabei auch der Dozentenführer Arthur Marchet, der den Dekanaten Listen mit zu entfernenden Personen übermittelte. Eine entsprechende Liste für den Dekan der medizinischen Fakultät teilte diese Personen in mehrere Gruppen – je nach „Entfernungsgrund" – ein, unter anderem „um die Ruhe und Ordnung an der Fakultät zu gewährleisten", „als Angehörige des jüdischen Volkes", und „als in polizeilichem Gewahrsam befindlich[e]".[65] Am 22. April 1938 unterzeichnete der Unterrichtsminister Menghin schließlich einen Erlass, der die erste „Säuberungswelle" aus rassistischen und politischen Gründen besiegelte.[66] Einblicke in die Entscheidungsfindung im Frühjahr 1938 gibt ein Bericht vom Dezember 1938. Darin skizzierte der Staatskommissar Friedrich Plattner[67], der im Ministerium für Inneres und Kulturelle Angelegenheiten der österreichischen Landesregierung die Angelegenheiten des Unterrichts und Kultus leitete,[68] den Entscheidungsweg der Enthebungen vom Lehramt:

„[Z]u Ende der (aus diesem Anlasse sogar um einige Tage verlängerten) Osterferien 1938 [wurde] eine grössere Anzahl von

53 MÜLLER, Dynamische Adaptierung, S. 599.
54 Erl. v. 17. März 1938, Zl. 8856-I/5, UAW, Akademischer Senat Kurrentakten Ktn 677, GZ 680 ex 1937/38, 1.
55 Neues Wiener Tagblatt v. 23. März 1938, Nr. 81, S. 11. Vgl. auch ASH, Mitchell G., Die Universität Wien in den politischen Umbrüchen des 19. und 20. Jahrhunderts, in: ASH/EHMER, *Universität – Politik – Gesellschaft,* S. 29–172, hier S. 110.
56 MÜLLER, Dynamische Adaptierung, S. 599.
57 WEINERT, Hochschulverwaltung, S. 128, 130; REITER, Universitäten, S. 381.
58 Eduard Pernkopf (24. 11. 1888–17. 4. 1955) vgl. zu ihm https://geschichte.univie.ac.at/de/personen/eduard-pernkopf-prof-dr (14. 11. 2017/17. 11. 2018).
59 Schreiben des Dekans Pernkopf v. 28. 3. 1938, UAW, Akademischer Senat Kurrentakten Ktn 677, GZ 680 ex 1937/38, 17.
60 Erl. v. 24. März 1938, Zl. 9351-I/1, UAW, Akademischer Senat Kurrentakten Ktn 677, GZ 680 ex 1937/38, 14.
61 MÜLLER, Dynamische Adaptierung, S. 600.
62 MÜLLER, Dynamische Adaptierung, S. 600.
63 WEINERT, Hochschulverwaltung, S. 130.
64 ÖStA, AVA, Unterricht Allg., Ktn 799, GZ 12475-I/38; ÖStA, AVA, Unterricht Allg., Ktn 799, GZ 12001/38; ÖStA, AVA, Unterricht Allg., Ktn 799, GZ 14765/38.
65 Abschrift des Antrages v. Marchet an Dekan Pernkopf, undatiert, ÖStA, AVA, Unterricht Allg., Ktn 799, GZ 12475-I/38.
66 Eine zweite „Säuberungswelle" bei den Privatdozenten erfolgte 1939 im Rahmen der Umstellung auf die „Dozenten neuer Ordnung". Vgl. dazu MÜLLER, Dynamische Adaptierung, S. 602.
67 Friedrich Plattner (1. 9. 1896–?), vgl. zu ihm PFEFFERLE, Roman/PFEFFERLE, Hans, *Glimpflich entnazifiziert. Die Professorenschaft der Universität Wien von 1944 in den Nachkriegsjahren* (= Schriften des Archivs der Universität Wien Bd. 18), Göttingen 2014, S. 172–176, 192. Als Todesjahr geben Pfefferle/Pfefferle mit Verweis auf Michael Hubenstorf die 1970er an (PFEFFERLE/PFEFFERLE, *Glimpflich entnazifiziert,* S. 192). Andreas Huber gibt das Todesjahr mit 1950 ohne Quellenangabe an. Vgl. HUBER, Andreas, Die Hochschullehrerschaft der 1930er- und 1940er-Jahre. Sozialstruktur und Karrierewege vor dem Hintergrund politischer Zäsuren, in: ASH/EHMER, *Universität – Politik – Gesellschaft,* S. 649–696, hier S. 680.
68 POSCH, Herbert, Timeline, in: GRANDNER/KÖNIG, *Reichweiten und Außensichten*, S. 177–247, hier S. 206.

Hochschulprofessoren in Form einer von amtswegen verfügten Beurlaubung durch den damaligen Minister Dr. Menghin vom Lehramte entfernt. Vereinzelt wurde die schonungsvolle Form gewählt, dass dem Professor i.k.W. nahegelegt wurde, selbst um Beurlaubung zu bitten […]. Die Feststellung, welche Personen augenblicklich mehr oder weniger untragbar erschienen, erfolgte damals in mündlichen Besprechungen mit Vertretern des Sicherheitsdienstes, des Personalkommissärs Dr. [Otto] Wächter und des Reichskommissars für die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich [Josef Bürckel]."[69] Grundlage für diese Gespräche waren vermutlich die vom Dekanat erstellten Listen.

Für die Durchführung der rassistischen und politischen Vertreibung der Hochschullehrer bedurfte es zunächst nur weniger eigener nationalsozialistischer Bestimmungen. Angesichts der Tatsache, dass die Vorschriften im Hochschulbereich wie auch die rechtlichen Möglichkeiten Staatsbeamte von ihrer Tätigkeit zu entfernen im „autoritären Ständestaat" zugunsten der Regierung gestaltet wurden, konnten sie für nationalsozialistische Zwecke durchaus übernommen werden. Die Rechtschutzmöglichkeiten waren ohnehin aufgeweicht worden,[70] die Bestimmungen wiesen einen weiten Interpretationsspielraum auf, den man je nach ideologischen und politischen Bedürfnissen gestalten konnte. Ein gutes Beispiel geben die Bestimmungen betreffend die Privatdozenten. Als Möglichkeit einen unliebsamen Habilitierten loszuwerden wurde 1934 der Widerruf der ministeriellen Bestätigung eingeführt. Die bestehenden Vorschriften zum Erlöschen der Lehrbefugnis wurden um die folgende Bestimmung erweitert: „Wenn die Bestätigung (§ 12) von dem zuständigen Bundesminister aus wichtigen Gründen des öffentlichen Wohles widerrufen wird."[71] Was als wichtige Gründe zu gelten hatte erklärte die einführende Verordnung freilich nicht – so konnte dieser weite Spielraum je nach Belieben und – wie sich spätestens 1938 herausstellen sollte – politisch flexibel interpretiert werden. Während der Entzug der Lehrbefugnis 1934 einige illegale Nationalsozialisten wie Robert Stigler[72] und Ernst Klebel[73] traf,[74] vertrieben die Nationalsozialisten 1938 auf Grund der gleichen Rechtsbasis aus rassistischen und politischen Motiven viele Privatdozentinnen und Privatdozenten der Universität Wien. 21 Privatdozenten der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät waren von diesen ersten Maßnahmen betroffen.[75] Es handelte sich dabei um als „jüdisch" geltende Personen, aber auch um politisch Andersdenkende. Bei 5 Privatdozenten wurde das Ruhen der Lehrbefugnis verfügt.[76]

Auch Professoren waren von den „Säuberungsmaßnahmen" betroffen, doch gestaltete sich deren Enthebung rechtlich etwas schwieriger. Der ministerielle Erlass vom 22. April 1938 beurlaubte acht Professoren der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät,[77] ohne dafür die Rechtsgrundlage anzugeben. Ebenfalls beurlaubt wurde der Honorarprofessor Richard Schüller.[78] Zwar wurden im „autoritären Ständestaat" Beurlaubungsbestimmungen geschaffen, diese waren jedoch 1938 nicht mehr in Kraft.[79] Die Aktion war für die Betroffenen, vor allem die nichtjüdischen, durchaus überraschend wie die Aufzeichnungen des Nationalökonomen Ferdinand Degenfeld-Schonburg zeigen: „Meine Vorlesungen hielt ich zunächst noch bis zu den Osterferien ab. Auch während der Ferien erfuhr ich nichts. Erst in dem Augenblicke, da ich zum Wiederbeginn der Vorlesungen meine Wohnung verlassen wollte, wurde mir durch telephonischen Anruf des Dekanats bedeutet, ich solle nicht kommen. Ich blieb dann enthoben und wurde im Sommer pensioniert."[80] Auffallend ist dabei, dass Degenburg-Schonfeld im Gegensatz zu Othmar Spann am 22. März 1938 zur Eidablegung noch zugelassen war.[81]

Während ältere Professoren mit den geltenden Ruhestandsgesetzen vom Lehramt entfernt werden konnten,[82] mangelte es bei jüngeren an einer entsprechenden Rechtsgrundlage. In manchen Fällen wurde die im Austrofaschismus geschaffene Möglichkeit, Hochschullehrer in zeitlichen Ruhestand zu

---

69 ÖStA, AVA Unterricht Allg., Professoren und Lehrkräfte, Ktn. 799, GZ IV-2-48.168/1938.

70 STAUDIGL-CIECHOWICZ, Austrofaschismus 739–741.

71 BGBl. II 34/1934.

72 Robert Stigler (18. 4. 1878–9. 8. 1975), vgl. zu ihm STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 652–656.

73 Ernst Klebel (24. 2. 1896–21. 1. 1961), vgl. zu ihm: ZIEGLER, Wolfram: Ernst Klebel (1896–1961). Facetten einer österreichischen Historikerkarriere, in: HRUZA, Karel (Hrsg.), *Österreichische Historiker 1900–1945. Lebensläufe und Karrieren* Bd. 2, Wien u. a. 2012, S. 489–522.

74 TASCHWER, *Hochburg des Antisemitismus,* S. 188.

75 Es handelte sich dabei um: Rudolf Pollak, Georg Lelewer, Alexander Gal, Achil Rappaport, Ludwig Mises, Felix Kornfeld, Arthur Lenhoff, Albert Ehrenzweig, Georg Petschek, Felix Kaufmann, Heinrich Klang, Fritz Schreier, Hans Schima, Erich Voegelin, Walter Heinrich, Guido Strobele, Ferdinand Westphalen, Willibald Plöchl, Rudolf Blühdorn, Albert A. Ehrenzweig und Karl Schmidt. UAW, Akademischer Senat Kurrentakten, GZ 677 ex 1937/38.

76 Es handelte sich dabei um: Rudolf Herrnritt, Jakob Baxa, Gottfried Haberler, Oskar Morgenstern und August M. Knoll. UAW, Akademischer Senat Kurrentakten, GZ 677 ex 1937/38.

77 Es handelte sich dabei um: Josef Hupka, Othmar Spann, Oskar Pisko, Ferdinand Degenfeld-Schonburg, Adolf Merkl, Emil Goldmann, Wilhelm Winkler und Stephan Brassloff. UAW, Akademischer Senat Kurrentakten, GZ 677 ex 1937/38.

78 Richard Schüller (28. 5. 1870–13. 5. 1972), vgl. zu ihm EHS, Nationalökonomie, S. 556–558. Zum Status der Honorarprofessoren vgl. STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 133f.

79 Vgl. STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 218–221.

80 DEGENFELD-SCHONBURG, [Selbstdarstellung], S. 46.

81 Aus den Akten des Wiener Universitätsarchivs ergibt sich, dass am 22. März 1938 folgende Professoren keinen Eid ablegten: Josef Hupka, Othmar Spann, Oskar Pisko, Heinrich Mitteis, Emil Goldmann, Stephan Brassloff. Als Erklärung wurde „wegen Erledigung verschoben" angegeben. UAW, Akademischer Senat Kurrentakten Ktn 677, GZ 680 ex 1937/38.

82 Demnach war ab der Vollendung des 65. Lebensjahres eine Alterspensionierung regulär möglich. Vgl. STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 207f.

versetzen, herangezogen: Als Grundlage dafür diente das im August 1934 von der Regierung erlassene Maßnahmengesetz.[83] Trotz dieses verschiedenartigen rechtlichen Instrumentariums sehnte man sich nach einer flexibleren Lösung. Da die Einführung der deutschen Hochschulverwaltung nur stufenweise durchgeführt werden konnte, erließ die reichsdeutsche Regierung eine Verordnung zur Neuordnung des österreichischen Berufsbeamtentums Ende Mai 1938.[84] Diese Verordnung eröffnete dem Reichsstatthalter und von ihm bestimmten Stellen weite Möglichkeiten: Waren bereits durch die austrofaschistischen Bestimmungen willfährige Verfügungen unter dem Deckmantel der Rechtsmäßigkeit möglich, so standen den zuständigen Stellen nun Wege von bislang unbekannter Flexibilität offen. Grundsätzlich waren Beamte, die als Juden galten, in den Ruhestand zu versetzten. Auch aus politischen Gründen konnten Beamte zwangspensioniert werden und zwar mit verminderten Ruhegenüssen. Darüber hinaus konnte jeder „zur Vereinfachung der Verwaltung oder im Interesse des Dienstes“ [85] in den Ruhestand versetzt werden. Die Entscheidungen waren endgültig und unterlagen keiner gerichtlichen Prüfung. Für die vertriebenen Professoren der Wiener Rechts- und Staatswissenschaften spielten alle drei Rechtsnormen – das reguläre Pensionsgesetz und das austrofaschistische Maßnahmengesetz wie auch die nationalsozialistische Verordnung eine Rolle. Nach dem Pensionsgesetz in den Ruhestand versetzt wurde bspw. 1938 Emil Goldmann[86], dem Maßnahmengesetz zum Opfer fiel Stephan Brassloff,[87] die neue Verordnung hingegen wurde 1940 bei Adolf Merkl angewandt.[88]

Plakativ zeigt ein Blick in das Vorlesungsverzeichnis des Sommersemesters 1938[89] wie einschneidend die Vertreibungen der Hochschullehrer für die juridische Fakultät und den Lehrbetrieb waren.[90] Das Sommersemester hatte Mitte Februar 1938 begonnen. Insgesamt wurden für das Sommersemester 1938 118 Lehrveranstaltungen angekündigt – 50 – also 42 % – davon waren von den „Säuberungen“ betroffen und mussten suppliert werden oder konnten nach den Osterferien nicht mehr fortgesetzt werden. Massiv betroffen waren insbesondere die privatrechtlichen Fächer: von 10 Lehrveranstaltungen aus Bürgerlichem Recht verloren 7 den ursprünglich vorgesehenen Vortragenden, das Handels- und Wechselrecht fiel gänzlich aus und im Fach Zivilprozess waren vier von sechs Lehrveranstaltungen betroffen. Ebenfalls bei den rechtshistorischen Fächern und der Volkswirtschaftslehre zeigten sich durch die personellen „Säuberungen“ Schwierigkeiten.

Die Lebenswege der vertriebenen Hochschullehrer gestalteten sich ganz unterschiedlich. Besonders sollen hier die zwei tragischen Leidenswege der Professoren Josef Hupka[91] und Stephan Brassloff[92] erwähnt werden. Beide waren jüdischer Herkunft. Während Hupka 1897 zum Katholizismus konvertiert war, trat Brassloff aus dem Judentum zwar nicht aus war allerdings seinem Sohn zufolge „absolut nicht aktiv jüdisch“.[93] Ihre Lebensläufe zeigen durchaus einige Parallelen auf: Beide kamen 1875 in Wien zur Welt, studierten an der Wiener Universität Rechtswissenschaften und verbrachten zeitlich versetzt Forschungssemester bei Ludwig Mitteis[94] in Leipzig. Sie habilitierten sich beide mit den in Leipzig verfassten Schriften an der Universität Wien. Als einer der letzten Rechtswissenschafter jüdischer Herkunft wurde Hupka 1915 zum Ordinarius an der Wiener Fakultät ernannt. Bis 1938 vertrat er dort das Handelsrecht. Brassloff hingegen wurde 1919 zum außerordentlichen Professor ernannt, der Sprung zum Ordinarius gelang ihm nicht mehr. Zu stark waren die antisemitischen Netzwerke die um die Person Brassloffs eine regelrechte Hexenjagd 1925 veranstalteten.[95] Anlässlich seiner zweideutigen Anspielungen in seinen Lehrveranstaltungen wurde Brassloff in einer medialen Hetzkampagne und einem anschließenden Disziplinarverfahren vernichtet – sein Renommee war dahin und ein Ordinariat außer Reichweite, er blieb bis 1938 außerordentlicher Professor für römisches Recht. Ebenfalls Hupka machte der universitäre Antisemitismus das Leben schwer. Seine Wahl zum Dekan im Herbst 1926 wurde von der Deutschen Studentenschaft beeinsprucht, die einen Rechtsbruch wegen Hupkas „Rassenzuge-

[83] Bundesgesetz v. 7. 8. 1934 betreffend Maßnahmen an Hochschulen, BGBl. II 208/1934. Vgl. dazu STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S.210–213.

[84] Kundmachung des Herrn Reichsstatthalters in Österreich, wodurch die Verordnung zur Neuordnung des österreichischen Berufsbeamtentums v. 31. 5. 1938 bekanntgemacht wird, GBlÖ 160/1938.

[85] § 6 Verordnung zur Neuordnung des österreichischen Berufsbeamtentums v. 31. 5. 1938, GBlÖ 160/1938.

[86] OLECHOWSKI, Rechtsgermanistik, S. 92.

[87] RATHKOLB, Oliver, Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien zwischen Antisemitismus, Deutschnationalismus und Nationalsozialismus 1938, davor und danach, in: HEISS/MATTL/MEISSL/SAURER/STUHLPFARRER, *Willfährige Wissenschaft*, S. 197–232, hier S. 203.

[88] SCHARTNER, *Staatsrechtler,* S. 212 Anm. 545.

[89] AKADEMISCHER SENAT (Hrsg.), *Öffentliche Vorlesungen an der Universität zu Wien*. Sommersemester 1938.

[90] Vgl. auch REITER-ZATLOUKAL, Ilse, Juristenausbildung in Österreich unter dem NS-Regime. Kontinuitäten und Brüche 1938/1945 am Beispiel der Wiener Juristenfakultät, in: MEISSEL/OLECHOWSKI/REITER-ZATLOUKAL/SCHIMA, *Vertriebenes Recht,* S. 9–33, hier S. 16.

[91] Josef Hupka (22. 2. 1875–23. 4. 1944), vgl. zu ihm: TASCHWER, Klaus, Kämpfer gegen den Antisemitismus und Opfer der Shoah. Leben und Sterben von Josef Hupka (1875–1944), Ordinarius für Handels- und Wechselrecht an der Universität Wien, in: KOLL, Johannes (Hrsg.), *‚Säuberungen' an österreichischen Hochschulen 1934–1945. Voraussetzungen, Prozesse, Folgen*, Wien–Köln–Weimar 2017, 459–489.

[92] Stephan Brassloff (18. 6. 1875–28. 2. 1943), vgl. zu ihm: MEISSEL, Franz-Stefan, *Römisches Recht und Erinnerungskultur – zum Gedenken an Stephan Brassloff (1875–1943)* (= Vienna Law Inauguration Lectures/Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Bd. 1), Wien 2008.

[93] STAUDIGL-CIECHOWICZ, Akademischer Antisemitismus, S. 74.

[94] Ludwig Mitteis (17. 3. 1859–26. 12. 1921), vgl. zu ihm SELB, Walter, Mitteis, Ludwig, in: *Neue Deutsche Biographie* 17, Berlin 1994, S. 576f.

[95] Vgl. MEISSEL, *Stephan Brassloff*, S. 11–16.

hörigkeit“ ortete.[96] Nach dem „Anschluss“ 1938 wurden Hupka und Brassloff von der Universität vertrieben. Während sie es bewerkstelligen konnten ihre Kinder ins Ausland zu schicken, gelang ihnen selbst die Flucht vor dem Nationalsozialismus letztendlich nicht. Brassloff lebte bis 1942 in Wien unter äußerst schlechten finanziellen Verhältnissen, seit 1939 bezog er keine Pension mehr,[97] sein ganzes Vermögen musste er zu Spottpreisen veräußern. 1942 wurde er gemeinsam mit seiner Frau in das Ghetto Theresienstadt deportiert, wo sie beide ums Leben kamen.[98] Auch in diesem letzten tragischen Lebensabschnitt findet sich eine Parallele zu Josef Hupka: Hupkas Bankkonto wurde gesperrt, sein Vermögen musste er veräußern und seine Pension wurde wie bei Brassloff 1939 gestrichen.[99] 1939 gelang Hupka und seiner Frau noch die Flucht nach Amsterdam. Mit dem Ausbruch des 2. Weltkrieges, scheiterte eine Weiterreise nach London, wie auch weitere Fluchtversuche.[100] Nach der Besatzung der Niederlande durch das Deutsche Reich lebte das Ehepaar Hupka versteckt bis sie 1944 von Nationalsozialisten festgenommen und zunächst ins Durchgangslager Westerbrok und anschließend nach Theresienstadt deportiert wurden.[101] Drei Wochen später starb Hupka in Theresienstadt, seine Frau wurde ein halbes Jahr später in Ausschwitz ermordet.

2. Zur Vertreibung der Studierenden und AbsolventInnen[102]

Doch nicht nur Lehrende wurden von den Universitäten vertrieben. Auch jüdische Studierende und Absolventinnen und Absolventen waren von nationalsozialistischen „Säuberungsmaßnahmen“ an den Universitäten betroffen. Die ersten Maßnahmen der Entrechtung wurden rund zwei Wochen nach dem „Anschluss“ gegen jüdische Studierende gesetzt. Mit 29. März 1938 verfügte der Unterrichtsminister einen Stopp der Inskription von jüdischen Studierenden für Sommersemester 1938.[103] Gleichzeitig mussten alle Studierenden als Inskriptionsvoraussetzung „eine eidesstattliche Erklärung [abgeben], dass sie nach den Nürnberger Rassengesetzen nicht Jude/Jüdin seien bzw. als solcher/solche zu gelten hätten.“[104]

Einen knappen Monat später, am 23. April 1938, führte das Unterrichtsministerium einen Numerus clausus für inländische jüdische Studierende ein. Demnach durfte die Zahl der jüdischen Studierenden 2% der nichtjüdischen nicht übersteigen. Alle jüdischen Studierenden hatten Anträge um Zulassung zu stellen, entscheidungsbefugt waren die Dekanate. Primär sollten Studierende höherer Semester bevorzugt werden, was in der Praxis allerdings nicht immer der Fall war.[105] Bereits drei Tage nach Kundmachung des Numerus clausus, am 28. April 1938, hatte die Quästur der Universität Wien eine Liste aller bis dahin inskribierten Juden mittels der Auswertung der verpflichtenden Religionsangabe erstellt. Eine Überprüfung der Studierenden nach NS-Abstammungskriterien war der Quästur hingegen nicht möglich.

Zahlen aus dem Wintersemester 1937/38 belegen, dass 15% aller Studierenden an der Universität Wien mosaischen Bekenntnisses waren.[106] Während an der juridischen Fakultät die Anzahl jüdischer Hörerinnen und Hörer im Wintersemester 1937/38 bei 8% lag, war sie an der medizinischen Fakultät mit 23% aller Studierenden am höchsten. Im Sommersemester 1938 inskribierten sich angesichts der politischen Entwicklungen bereits wesentlich weniger jüdische Studierende an der Universität Wien. Durch die Verknüpfung des Numerus clausus mit den Studierendenzahlen der jeweiligen Fakultät war eine ungleiche Einschränkung der jüdischen Studierenden verbunden. Für die juridische Fakultät bedeutete die Einführung des Numerus clausus, dass im Sommersemester 1938 von den insgesamt 1650 ordentlichen Hörerinnen und Hörern nur 34 jüdisch sein durften.[107] Angesichts des Umstandes, dass sich 109 jüdische Studierende inskribiert hatten, verloren 2/3 von ihnen ihren Studienplatz. Auffallend ist, dass die juridische Fakultät im Gegensatz zu den anderen Fakultäten nicht einmal die Zulassungsquote voll ausschöpfte und lediglich 30 jüdische Studierende zuließ.[108] Nicht genug, dass die jüdischen Studierenden von der Universität vertrieben wurden, die Universitäten bereicherten sich auch noch an ihnen. Am 23. Mai setzte das Rektorat die Zulassungsquoten fest, erst am 3. Juni übermittelte die juridische Fakultät die Entscheidung über die zu verbleibenden jüdischen Studierenden dem Rektorat und in den folgenden Tagen erfolgte deren Benachrichtigung. Allerdings war bereits am 31. Mai 1938 die Frist zur Entrichtung der Studiengebühren[109] und gleichzeitig auch die Frist zu deren Rückforderung

[96] STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S.
[97] MEISSEL, *Stephan Brassloff*, S. 5.
[98] MEISSEL, *Stephan Brassloff*, S. 5.
[99] TASCHWER, Josef Hupka, S. 484.
[100] TASCHWER, Josef Hupka, S.485–487.
[101] TASCHWER, Josef Hupka, S. 487.
[102] LICHTENBERGER-FENZ, Brigitte, Österreichs Universitäten und Hochschulen – Opfer oder Wegbereiter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft? Am Beispiel der Universität Wien, in: HEISS/MATTL/MEISSL/SAURER/STUHLPFARRER, *Willfährige Wissenschaft*, S. 3–15; POSCH, Herbert, Vertreibung der Studierenden der Universität Wien 1938, in: *zeitgeschichte* 35 (2008), Heft 4, S. 187–213; POSCH, Herbert/INGRISCH, Doris/DRESSEL, Gert, „Anschluß“ und Ausschluss 1938. Vertriebene und verbliebene Studierende der Universität Wien, Wien 2008.
[103] POSCH, Vertreibung, S. 190.
[104] POSCH, Vertreibung, S. 190.
[105] POSCH, Vertreibung, S. 191 mwN.
[106] POSCH, Vertreibung, S. 190.
[107] POSCH, Vertreibung, S. 191.
[108] POSCH, Vertreibung, S. 192.
[109] Die Studierenden hatten pro Lehrveranstaltung Kollegiengeld zu entrichten und darüber hinaus eine Aufwandentschädigung, einen Hochschülerschafts- und Fürsorgebeitrag und einen Unfallszuschuss zu zahlen. Vgl. dazu auch STAUDIGL-CIECHOWICZ, Kamila, Studienrecht und Studienbedingungen, in: OLECHOWSKI/EHS/STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät,* S. 103–113, hier S. 105; zum Kollegiengeld: STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Dienst-, Habilitations- und Disziplinarrecht*, S. 101–109.

abgelaufen.[110] Folglich konnten die vertriebenen Studierenden nicht einmal die einbezahlten Studiengebühren rückerlangen. Über die konkrete Höhe der Studiengebühr für ein durchschnittliches Semester geben die semesterweise ausgefüllten Nationale Auskunft. So beispielsweise jene von Herbert Albers, der im Sommersemester 1938 im 6. Semester Rechtswissenschaften inskribiert war und vertrieben wurde. Albers hatte sich Anfang Februar 1938 inskribiert und 84 Schilling entrichtet, was von der Kaufkraft in etwa 466 € entspricht.[111] Selbst die wenigen zugelassenen jüdischen Studierenden konnten kaum ihr Studium voranbringen. Ab dem 23. April 1938 war der Zutritt zur Universität den jüdischen Studierenden untersagt, davon waren die Hörsäle, die Institute und auch die Bibliothek betroffen – „für dringende Studienangelegenheiten mussten sie eine schriftliche Eingabe an die zuständigen akademischen Behörden richten, die – im Falle einer Genehmigung – zum einmaligen Zutritt zur Hochschule berechtigte." [112] Ebenfalls einen einmaligen Zutritt ermöglichten spezielle Mahnkarten, die sicherstellen sollten, dass die früher entlehnten Bücher zurückgebracht wurden. Ab dem Wintersemester 1938/39 herrschte an der Universität Wien zunächst ein Numerus clausus von 1%,[113] schließlich ein Numerus nullus – jüdische bzw. als „jüdisch" geltende Studierende durften an der Universität Wien nicht mehr studieren. Nach dem Novemberpogrom 1938 herrschte an der Universität Wien ein generelles Betretungsverbot für jüdische Studierende. Insgesamt geht die Forschung von rund 2230 vertriebenen Studierenden an der Universität Wien aus,[114] wobei 1812 namentlich bekannt sind – mehr als die Hälfte davon war an der medizinischen Fakultät inskribiert.[115]

Das Gedenkbuch für die Opfer des Nationalsozialismus an der Universität Wien 1938 verzeichnet an der juridischen Fakultät 247 vertriebene Studierende, davon 29 Frauen. Nur in Einzelfällen konnte das weitere Schicksal der Vertriebenen rekonstruiert werden. So beispielsweise im Fall von Ferry Wolf. Ferry Wolf, geboren 1914, studierte vier Semester lang an der juridischen Fakultät. Sein letztes gemeldetes Semester war das Wintersemester 1937/38. In seinem Nationale gab er als Religion mosaisch an.[116] Ferry Wolf blieb nach dem „Anschluss" in Wien und war als Bauhilfsarbeiter tätig. Ende Jänner 1942 wurde er von der Gestapo wegen „kommunistischer Betätigung" erkennungsdienstlich erfasst.[117] Im Oktober 1942 wurde Wolf ins Ghetto Theresienstadt deportiert. In Theresienstadt heiratete Wolf in einer rituellen Zeremonie Ende März 1943 Johanna Reiner. Zwei Monate später starb Wolf in Theresienstadt, als Todesursache des knapp dreißigjährigen Wolf wurde Herzschwäche angegeben.[118]

Es gelang einigen jüdischen Studierenden ihr Studium 1938 mit dem Akt der Promotion zu beenden. Im Juli und Oktober 1938 fanden zwei große „Nichtarierpromotionen" statt. Sie erfolgten mit Sondergenehmigung und waren an ein Berufsverbot im Deutschen Reich geknüpft. Darüber hinaus entsprach die Durchführung der Promotionen nicht dem üblichen feierlichen Akt: „Die Promotion war nicht öffentlich, nicht feierlich, Rektor und Dekan ohne Talar, ohne Eid auf das Szepter der Universität, ohne Gratulation und ohne Handschlag des Rektors".[119] Viel eher glichen sie „Massenabfertigungen",[120] beim ersten Termin wurden 128 Personen promoviert – darunter 32 Studierende der Rechts- und Staatswissenschaften. Diese besonders genehmigten Promotionen schützten nicht vor einer nachträglichen Aberkennung des Doktorgrades wegen Unwürdigkeit aus rassistischen Gründen: Das belegt der Fall Schwarz. Hanspeter Schwarz wurde im Juli 1938 im Rahmen einer „Nichtarierpromotion" zum Doktor promoviert.[121] Fünf Jahre später – fast genau auf den Tag gleich – wurde ihm der Grad des Doktor „aus rassistischen Gründen aberkannt, da er im Nationalsozialismus 'als Jude als eines akademischen Grades einer deutschen Hochschule unwürdig' galt." [122]

Mit den Aberkennungen der Doktorgrade aus rassistischen Gründen kommen wir zu einer dritten Gruppe der Vertriebenen. Zwar nicht räumlich von der Universität vertrieben, doch aus ihrem Gedächtnis gestrichen wurden zum Teil jüdische Absolventinnen und Absolventen. Mit dem Gesetz über die Führung akademischer Grade setzte die Reichsregierung fest, dass ein akademischer Grad entzogen werden könne, „wenn sich nachträglich herausstellt, daß der Inhaber der Verleihung eines akademischen Grades unwürdig war".[123] Das bereits

[110] POSCH, Vertreibung, S. 191 f.

[111] Der Inskriptionsschein (Nationale) von Albers findet sich bei seinem Eintrag im Gedenkbuch für die Opfer des Nationalsozialismus an der Universität Wien 1938 (Vgl. https://gedenkbuch.univie.ac.at). Die Berechnung der Kaufkraft erfolgte mit https://www.oenb.at/docroot/inflationscockpit/waehrungsrechner.html [berechnet am 18. 11. 2018].

[112] POSCH, Vertreibung, S. 192.

[113] LICHTENBERGER-FENZ, Österreichs Universitäten, S. 11.

[114] POSCH, Vertreibung, S. 207.

[115] Diese Zahlen ergeben sich aus den Einträgen im Gedenkbuch für die Opfer des Nationalsozialismus an der Universität Wien 1938, vgl. https://gedenkbuch.univie.ac.at/. (18. 11. 2018).

[116] Eintrag von Ferry Wolf im Gedenkbuch für die Opfer des Nationalsozialismus an der Universität Wien 1938, vgl. https://gedenkbuch.univie.ac.at/. (30. 6. 2009/18. 11. 2018).

[117] Datenbank der Shoah-Opfer des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstandes, Eintrag Fery Wolf, http://www.doew.at/personensuche (18. 11. 2018).

[118] Todesfallanzeige v. 1. 7. 1943, digitalisiert: https://www.holocaust.cz/en/database-of-digitised-documents/document/97108-wolf-ferry-death-certificate-ghetto-terezin/ (12. 1. 2016/18. 11. 2018).

[119] POSCH, Vertreibung, S. 194.

[120] POSCH, Vertreibung, S. 194.

[121] POSCH, Herbert, Eintrag zu Hans Peter (Hanspeter) Schwarz im Gedenkbuch für die Opfer des Nationalsozialismus an der Universität Wien 1938, vgl. https://gedenkbuch.univie.ac.at/.(20. 6. 2016/18. 11. 2018).

[122] POSCH, Eintrag zu Hans Peter Schwarz.

[123] § 4 Abs 1 lit. b Gesetz über die Führung akademischer Grade, GBlÖ 716/1939.

erwähnte Gedenkbuch verzeichnet für die Wiener juridische Fakultät 117 Aberkennungen vom Doktorgrad aus rassistischen Gründen.[124]

IV. Fazit und Ausblick

Die Vertreibungen des Frühjahrs 1938 markieren zwar rechtlich den Beginn der Gewaltherrschaft des NS-Regimes an den österreichischen Universitäten und Hochschulen, nationalsozialistische Ausschreitungen und antisemitische Hetzkampagnen gehörten jedoch schon Jahrzehnte davor zum universitären Alltag. Aus rechtlicher Sicht ermöglichte gerade die Schwächung des Rechtsstaates und die gegen politische Gegner gerichtete Anlassgesetzgebung im „autoritären Ständestaat" die schnelle Durchführung der „Säuberungen" 1938. In den folgenden Jahren folgten weitere Vertreibungen aus politischen und rassistischen Gründen, so dass die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät zwischen 1938 und 1945 insgesamt 44 Lehrende – was etwa 55% entsprach –verlor.[125] Nachdenklich stimmt der Umstand, dass die Vertreibungen zwar in kürzester Zeit bewerkstelligt wurden, es für eine zumindest partielle Wiedergutmachung – so eine solche überhaupt möglich war – hingegen einiger Jahrzehnte bedurfte. Nur vereinzelt konnten die 1938 geflüchteten Wissenschaftler an die Universität Wien zurückkehren,[126] oft war eine Remigration „eher unerwünscht"[127]. Selbst die vollständige Rückgängigmachung der im Nationalsozialismus ausgesprochenen Doktoratsaberkennungen dauerte bis ins 21. Jahrhundert an: Erst 2003 erfolgte eine systematische Aufarbeitung der Aberkennungen der Doktorate an der Universität Wien und schlussendlich 2004 deren Nichtigerklärung.[128]

[124] Gedenkbuch für die Opfer des Nationalsozialismus an der Universität Wien 1938, vgl. https://gedenkbuch.univie.ac.at/. (Suche v. 18. 11. 2018).
[125] HUBER, Hochschullehrerschaft, S. 670f.
[126] HUBER, Hochschullehrerschaft, S. 683.
[127] PFEFFERLE, Roman/TASCHWER, Klaus, Remigration: Eher unerwünscht, in: MEISSEL, Franz Stefan/OLECHOWSKI, Thomas (Hrsg.), Bedrohte Intelligenz. Von der Polarisierung und Einschüchterung zur Vertreibung und Vernichtung im NS-Regime, Publikation zur Ausstellung der Universität Wien aus Anlass des Jubiläumsjahres 2015, Wien 2015, S. 59.
[128] POSCH, Herbert, „Würdig" und Recht? Aberkennung der Doktorate im Nationalsozialismus – Nichtigerklärung der Aberkennung 2004, in: POSCH, Herbert/STADLER, Friedrich, *„… eines akademischen Grades unwürdig". Nichtigerklärung von Aberkennungen akademischer Grade zur Zeit des Nationalsozialismus an der Universität Wien*, Wien 2005, S. 25–43, hier S. 36.

Rechtspraxis im Protektorat Böhmen und Mähren. Eine Mikrogeschichte des Amtsgerichts in Brünn im Jahre 1942

(Legal Practice in the Protectorate of Bohemia and Moravia. A Micro-History of the District Court in Brno in 1942)

Felix Tilman Wnuck *

Abstract

This text deals with the legal practice in the Protectorate of Bohemia and Moravia. How the judges dispensed justice against several ethnical groups? Therefore case files from the „Amtsgericht Brünn" will be analysed. In the end you could see an of course nationalistsocialist court, but not a highly political and not always unfair one. The „Amtsgericht Brünn" was a more or less unimportant court and because of that, they acted in a more or less lawful way – from todays view.

Keywords: *Brno; Protectorate of Bohemia and Moravia; NS-Justice; county court; National Socialism; fascism; Czech History; legal practice; Second World War; antisemitism; racism.*

1. Einführung

Die Forschung über die Justiz im NS-Staat nimmt großen Raum ein in der Beschäftigung der Geschichtswissenschaft mit dem Nationalsozialismus - qualitativ wie quantitativ, besonders bei deutschen Historiker*innen.[1] Gerade die höheren Gerichte und politischen Prozesse sind dabei von großem Interesse und deshalb gut erforscht. Äußerst selten werden jedoch die unteren Instanzen, also Amtsgerichte und die „alltägliche" Justiz, betrachtet.[2] Besonders interessant dabei ist, dass gerade vor diesen Gerichten die Gruppe von Fällen verhandelt wurden, die auch unter rechtsstaatlichen Bedingungen als strafbare Handlungen gelten – zunächst also keine rein politischen Prozesse. Gleichwohl waren die Verhandlungen einer langsamen Politisierung durch den Einfluss der NS-Ideologie auf die Justiz unterworfen. So wurde eine Kriminalisierung bestimmter Vergehen und/oder eine drastische Strafverschärfung dafür durch das Regime veranlasst.[3] Diese Art von Fällen soll im Fokus dieser Arbeit stehen.

Gegenstand der Untersuchung ist dabei die Situation im Protektorat Böhmen und Mähren. Ein markantes Charakteristikum für die Rechtspflege auf dem Gebiet der böhmischen Länder - ohne die Slowakei, die nach 1939 als eigener Staat und verbündeter Deutschlands unabhängig wurde[4]- ist ein Rechtsdualismus zwischen deutschem und tschechischem Recht. D.h. es gab zwei vollständige und voneinander getrennt handelnde Justizbehörden. Die tschechischen Juristen behielten das Recht der Tschechoslowakischen Republik bei, was im Grunde genommen aus Zeiten der Habsburger-Herrschaft des 19 Jhs. stammte.[5] Das deutsche System im Protektorat war dasselbe, welches im „Deutschen Reich" Anwendung fand[6] – und lässt damit Rückschlüsse für das übrige NS-Deutschland zu. Die deutsche Justiz war jedoch höhergestellt als die tschechische, besaß also mehr Macht und war von größerer Bedeutung. Zum einen können anhand von Justiz-Akten, gerade aus der NS-Zeit, viele Rückschlüsse auf das Rechtssystem und die Machthaber durch deren Verzahnung miteinander selbst gewonnen werden.[7] Zum anderen wurden und werden vor einem Amtsgericht, wie schon erwähnt, ganz „alltägliche" Straftaten verhandelt. Diese ermöglichen einen Einblick in die besonderen sozialen Problemlagen und mentalen Haltungen, „die das Lokalkolorit einer Region ausmachen".[8] Auch hierzu, also zu möglichen Fragestellungen an und Erkenntnissen aus Urteilen usw., später mehr. Letztendlich ergibt sich daraus die Frage: Wie funktionierte und handelte die deutsche NS-Justiz im Protektorat Böhmen und Mähren und was sagt dies über die Situation im Protektorat aus? Hauptsächlich steht dabei der Umgang mit den einzelnen

* Felix Tilman Wnuck, B.A. History, Humboldt-Universität zu Berlin, Deutschland.

1 KERSHAW, I., *Der NS-Staat. Geschichtsinterpretationen und Kontroversen im Überblick*. vol. 5., Reinbek bei Hamburg, 2015, S. 14.

2 RÜCKERT, J., Justiz und Nationalsozialismus. Bilanz einer Bilanz, in: Möller, H. (Hrsg.), *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte*. München, 1999, S. 190 ff.

3 NIEMANN, H.-E., Die Durchsetzung politischer und politisierter Strafjustiz im OLG Bezirk Hamm 1933 – 1945. In: *Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen*, vol. 1, 1993, S. 40.

4 SCHELLE, K., TAUCHEN, J., *Grundriss der Tschechoslowakischen Rechtsgeschichte*. vol. 1, München, 2009, S. 81.

5 Ebenda, S. 19.

6 SCHELLE, K., TAUCHEN, J., *Recht und Verwaltung im Protektorat Böhmen und Mähren*. vol. 1, München, 2009, S. 348.

7 ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 36.

8 ANDERS-BAUDISCH, F., Aus der „Rechts"-Praxis nationalsozialistischer Sondergerichte im „Reichsgau Sudetenland" 1940-1945. In: *Bohemia*, vol. 40, Nr. 2, 2016, S. 334.

Bevölkerungsgruppen (Deutsche gegenüber Tschechen) im Vordergrund. Es liegt nahe, anhand der strukturellen Bevorzugung von Deutschen und deutschen Behörden, dass jene gegenüber anderen Bevölkerungsgruppen Vorteile genossen.

Diese Arbeit allein bietet längst nicht genug Platz, um diese wirklich komplexe Fragestellung und dieses komplexe Thema, welches bisher noch fast gar nicht von der Wissenschaft bearbeitet wurde, abschließend zu beantworten. Es wird aber durch die Analyse von Prozessen bzw. Urteilen des Amtsgerichts Brünn aus dem Jahre 1942 ein kleiner Beitrag dazu geleistet (Die hier verwendeten Quellen liegen in Prag im Archiv des „Ústav pro studium totalitních režimů", kurz ÚSTR, deutsch: Institut für das Studium totalitärer Regime). Das Jahr 1942 war das Jahr des tödlichen Anschlags auf Reinhard Heydrich u.a. Stellvertretender Reichsprotektor in Böhmen und Mähren und dessen drastischen Folgen für die Bevölkerung des Protektorats.[9] Des Weiteren stellt der Untersuchungszeitraum zum einen die zeitliche Mitte der sechsjährigen NS-Herrschaft über die Tschechoslowakei dar. Zum anderen gibt es einige Faktoren - wie der Kriegsverlauf, aber auch die mittlerweile starke Etablierung der NS-Behörden -, welche die Rechtsprechung in so gut wie jedem Gebiet, welches von den Deutschen kontrolliert wurde, 1942 stark beeinflussten – eine Art Höhepunkt nicht nur der NS-Justiz.[10] Zwar kann damit die Frage nach Wandel über eine längere Periode oder nach örtlichen Unterschieden nicht beantwortet werden. Doch eine Betrachtung aller Amtsgerichte auf dem Boden des Protektorats oder eines größeren Untersuchungszeitraum würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

2. Hintergrund

2.1 Zerschlagung der Tschechoslowakischen Republik

Mit dem „Münchner Abkommen" vom 30. September 1938 zwischen NS-Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich, Italien und ohne Vertreter der ČSR begann eine „Leidenszeit der tschechischen Nation" bis zum Kriegsende[11] Zunächst verlor der Tschechoslowakische Staat dadurch große Stücke seines Territoriums (u. a. das Sudetenland) und damit einhergehend wichtige Industriestandorte.[12] Es war eine gewaltige Erschütterung, die die Tschechoslowakei nur noch als „Krüppel" übrig ließ.[13]

Endgültig hörte die erste Tschechoslowakische Republik dann am 15. März 1939 mit dem Einmarsch der Wehrmacht in die, wie die Nationalsozialisten abschätzig sagten, „Rest-Tschechei" auf zu bestehen.[14] Als Begründung zu diesem Vorgehen wurde der Schutz der deutschen Bevölkerung in dem in den böhmischen Ländern schwelenden Nationalitätenkonflikt vorgeschoben.[15] Die Slowakei spaltete sich ab und wurde zum Verbündeten Hitler-Deutschlands. Der übrige Rest der ČSR wurde zum „Protektorat Böhmen und Mähren" erklärt.[16]

Von zentraler Bedeutung für diesen Schritt ist der Führer-Erlass „über die Errichtung des Protektorats Böhmen und Mähren (Nr. 75/1939)" vom 16. März 1939. Ziel dieses Texts war die Wahrung eines rechtsstaatlichen Anstrichs. Denn insgesamt sollten mit diesem Erlass hauptsächlich die tschechische Bevölkerung und die internationale Gemeinschaft getäuscht und beruhigt werden.[17] Zwar wurde durchaus von Autonomie geschrieben und die bestehenden Verwaltungsstrukturen wurden nicht eliminiert. Doch wurden sie neugegründeten deutschen Behörden untergeordnet.[18] Letztendlich war die tschechische Verwaltung nicht mehr als „Puppenorgane" oder Marionetten der Nationalsozialisten.[19] Somit lag die Macht in Wirklichkeit in Händen der Nationalsozialisten, die das Land zu einer Art Kolonie machten und sämtliche Freiheiten der tschechischen Bevölkerung damit liquidierten und diese zu Menschen zweiter Klasse machten.[20] An erster Stellen dieses Staatsgebildes stand der Reichsprotektor, dieser war als Stellvertreter Hitlers eben jenem direkt unterstellt und mächtigstes Organ im Protektorat und konnte sogar eigenhändig Gesetzt erlassen.[21] Diese Kolonie sollte längerfristig oder letztendlich auch Bestandteil des Deutschen Reiches werden - verschiedenste Praktiken sollten zu einer „Germanisierung" des Raumes führen.[22] Beispielsweise wurde Deutsch als erste Amtssprache eingeführt, sodass jeder Schriftverkehr mindestens auf eben jener Sprache vollzogen werden musste. Diejenigen, die Deutsch nicht beherrschten und/oder die neu eingeführten obligatorischen Sprachprüfungen nicht bestanden, verloren ihre Stellen. Muttersprachler bzw. ethnische Deutsche hatten dadurch einen klaren Vorteil.[23] Auf die genauen Definitionen von Nationalitäten und/oder Ethnien auf dem Gebiet des Protektorats wird später genauer eingegangen.

---

[9] SCHELLE, K., TAUCHEN, J., *Recht und Verwaltung im Protektorat Böhmen und Mähren*. vol. 1, München, 2009, S. 348.
[10] Ebenda, S. 347.
[11] BALCAR, J., KUČERA, J., *Von der Rüstkammer des Reiches zum Maschinenwerk des Sozialismus. Wirtschaftslenkung in Böhmen und Mähren 1938 bis 1953*. Göttingen, 2013, S. 21.
[12] BECKER, S., *Von der Werbung zum „Totaleinsatz". Die Politik der Rekrutierung von Arbeitskräften im „Protektorat Böhmen und Mähren" für die deutsche Kriegswirtschaft und der Aufenthalt tschechischer Zwangsarbeiter und -arbeiterinnen im Dritten Reich 1939 – 1945.* Berlin, 2005, S. 39.
[13] BRANDES, D., *Die Tschechen unter deutschem Protektorat.* München, 1975, S. 15.
[14] BRANDES, D., *Die Tschechen unter deutschem Protektorat.* München, 1975, S. 111.
[15] BENES, Z. (Hrsg.), *Geschichte verstehen. Die Entwicklung der deutsch-tschechischen Beziehungen in den böhmischen Ländern 1848 – 1948*. Prag, 2002, S. 119.
[16] Ebenda, S. 111.
[17] TAUCHEN, J., Die Anwendung des deutschen Strafrechts im Protektorat Böhmen und Mähren. In: *Publicationes Universitatis Miskolcinensis*, vol. 29, 2011, S. 142.
[18] BRANDES, D., *Die Tschechen unter deutschem Protektorat.* München, 1975, S. 21.
[19] SCHELLE, K., TAUCHEN, J., *Recht und Verwaltung im Protektorat Böhmen und Mähren*. München, 2009, S. 19.
[20] Ebenda, S. 7.
[21] Ebenda, S. 19.
[22] BRANDES, D., *Die Tschechen unter deutschem Protektorat.* München, 1975, S. 112.
[23] JUDOVÁ, K., *Deutsche Sprache im Protektorat*, Prag, 2013, S. 19.

Die Tschechoslowakei war für damalige Verhältnisse ein hoch industrialisiertes Land.[24] Gerade für den geplanten und bevorstehenden Zweiten Weltkrieg war es für die Nationalsozialisten von besonderem Interesse diese Wirtschaftskraft auszunutzen.[25] Zwar galten Tschech*innen in der NS-Ideologie als minderwertige Slawen. Jedoch wurde die Rolle Böhmen und Mährens in der Waffen- und kriegswichtigen Produktion mit dem Fortschreiten des Kriegs, besonders durch die Zerstörung im NS-Kernland, noch bedeutender. Dadurch kam es zu einigen Vorteilen und einer Art Schein-Autonomie für die tschechische Bevölkerung, verglichen mit beispielsweise der polnischen.[26] Diese ermöglichte ihnen eine gewisse Normalität und Alltag, den Umständen entsprechend, gleichzeitig aber auch Widerstandsbestrebungen minimierte, sodass die Lage im Protektorat relativ ruhig blieb.[27] Darüber hinaus mussten so gut wie keine Tschechen in den Krieg. Aus Sicht des NS-Regimes kann von einer äußerst erfolgreichen Strategie gesprochen werden.[28]

2.2 Justiz unterm Hakenkreuz

Nach heutigem Verständnis ist Justiz Ausdruck der Rechtspflege eines Staats, die auf Grundrechten oder einer Verfassung und einer freien Willensbildung basiert. Während der NS-Diktatur war dies jedoch anders. Die Nationalsozialisten entwickelten allerdings keine eigene juristische Methodik oder Dogmatik.[29] Bekanntermaßen war ein generelles Charakteristikum der NS-Herrschaft eine „politics of will" (Politik des Willens).[30] So auch innerhalb der Justiz: Das meint, dass es insgesamt wenige juristisch klar abgegrenzte Vorschriften gab, sondern sich häufig großzügiger Spielraum durch allerhand Generalklauseln (sehr weit und allgemein abgefasste Rechtsnormen) für jede einzelne Person ergab und genauso eine Entscheidung individuell davon abhing – juristisch: Dezisionismus.[31] Des Weiteren war die NSDAP und die dazugehörige Ideologie von Begriffen wie Staat, Politik und/oder Recht nicht mehr deutlich abzugrenzen, denn auch hier verschwammen die Grenzen. Ebenso war die Trennung zwischen Recht und Justiz auch nicht mehr klar zu erkennen.[32] - was nebenbei ein wichtiges Merkmal von Diktaturen ist.[33] Außerdem wurden Juristen dazu angetrieben NS-Gedankengut in ihr Wirken einzubeziehen, in dem sie dadurch berufliche Vorteile genossen. Linientreue Juristen hatten größere Chancen auf bspw. eine Beförderung.[34] was zu einem enormen Macht- und Einflusszuwachs der NSDAP auf die Justiz führte.[35] Die Nationalsozialisten institutionalisierten zudem eine außerordentliche Gerichtsbarkeit, den langen ideologischen Arm der Partei in die Justizbehörden, der die Sondergerichte und den Volksgerichtshof beinhaltete.[36] Diese wird aber in diesem Text keine größere Rolle spielen, sondern die ordentliche genauer die unterste Stufe der Amtsgerichte. Da bekanntermaßen die NS-Denkart größtenteils auf Rassismus und Antisemitismus basierte, fand auch diese Einstellung Einfluss in die NS-Justiz.[37]

Wichtig nach Auffassung der NSDAP waren ein „gesundes Volksempfinden",[38] Rasse, das „Führerprinzip" und die „Volksgemeinschaft".[39] Diese von den Nationalsozialisten angestrebte Gemeinschaft sollte ethnisch, politisch einheitlich und klassenfrei sein und dadurch ein harmonisches Zusammenleben garantieren. Alle, die nicht in diese Gruppe passten, also politisch Andersdenkende, Ausländer oder Verbrecher, wurden verstoßen, hatten keine Möglichkeit aufgenommen zu werden und besaßen nicht die gleichen Rechte wie „Arier", also „Volksdeutsche". Zudem hatte Adolf Hitler immer die letzte Entscheidungsbefugnis, („Führerprinzip"), und Richter sollten nicht nur die reine Straftat des Einzelnen beurteilen, sondern auch die Art und Weise, wie jene*r sich an der Volksgemeinschaft vergangen hat („gesundes Volksempfinden").[40] Vergehen sollten

[24] BALCAR, J., KUČERA, J., *Von der Rüstkammer des Reiches zum Maschinenwerk des Sozialismus. Wirtschaftslenkung in Böhmen und Mähren 1938 bis 1953*. Göttingen, 2013, S. 23.

[25] Ebenda, S. 447 f

[26] BRANDES, D., Nationalsozialistische Tschechenpolitik im Protektorat Böhmen und Mähren. In: BRANDES, D. (Hrsg.), *Der Weg in die Katastrophe. Deutsch-tschechoslowakische Beziehungen 1938 - 1947*, Essen, 1994. S. 39. Hierbei spricht Brandes von einer Täuschung der Nationalsozialisten, die eine Schein-Autonomie proklamierten, de facto das Protektorat aber besetzt war. Angesichts der Fakten scheint dies auch äußerst nachvollziehbar.

[27] GEBEL, R., Die tscheschische Gesellschaft unter deutscher Besatzungsherrschaft im Protektorat Böhmen und Mähren. In: MAIER, R., *Tschechen, Deutsche und der Zweite Weltkrieg.* Hannover, 1997, S. 28 ff.

[28] BRANDES, D., Nationalsozialistische Tschechenpolitik im Protektorat Böhmen und Mähren. In: BRANDES, D. (Hrsg.), *Der Weg in die Katastrophe. Deutsch-tschechoslowakische Beziehungen 1938 - 1947*, Essen, 1994, S. 56.

[29] NIERMANN, H.-E., Die Durchsetzung politischer und politisierter Strafjustiz im OLG Bezirk Hamm 1933 – 1945. In: *Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen*, vol. 1, 1993, S. 13.

[30] NEIL, G., Introductin. In: NEIL, G. (Hrsg.), *Nazism*, New York, 2000, S. 8.

[31] NIERMANN, H.-E., Die Durchsetzung politischer und politisierter Strafjustiz im OLG Bezirk Hamm 1933 – 1945. In: *Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen*, vol. 1, 1993, S. 13, 23.

[32] Ebenda, S. 13.

[33] FIEBERG, G., *Justiz im nationalsozialistischen Deutschland*. Köln, 1984, S. 18.

[34] NIERMANN, H.-E., Die Durchsetzung politischer und politisierter Strafjustiz im OLG Bezirk Hamm 1933 – 1945. In: *Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen*. vol. 1, 1993, S. 73.

[35] MAJER, D., Justiz und Polizei im „Dritten Reich". In: DREIER, R. (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich"*. Frankfurt am Main, 1989, S. 149.

[36] WAGNER, W., *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat.* München, 2011, S. 19.

[37] MAJER, D., Rassistisches Recht in NS-Deutschland. Von der Gesetzgebung zum Polizeiregime 1941-1944. In: FRITZ BAUER INSTITUT (Hg.), *„Gesetzliches Unrecht"*, S. 105.

[38] HATTNEHAUER, H., Richterleitbilder im 19. und 20. Jahrhundert. In: DREIER, R. (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich"*. Frankfurt am Main, 1989, S. 27.

[39] NIERMANN, H.-E., Die Durchsetzung politischer und politisierter Strafjustiz im OLG Bezirk Hamm 1933 – 1945. In: *Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen*, vol. 1, 1993, S. 15.

[40] FIEBERG, G., *Justiz im nationalsozialistischen Deutschland*. Köln, 1984, S. 28 ff.

deshalb als eine Art „Generalprävention", also als Abschreckung der Allgemeinheit, hart bestraft werden.[41]

Juristen, die zu Zeiten der NS-Diktatur wirkten, waren größtenteils noch vor 1933, also in einer demokratischen Republik und mit demokratischen Werten, ausgebildete worden. Warum unterstützte ein Großteil von eben jenen trotzdem diesen Unrechtsstaat zumindest teilweise. Zum einen waren Juristen oft selbst national-konservativ eingestellt, also teilten ähnliche Werte wie die Nationalsozialisten und waren deshalb nicht abgeneigt, die NS-Ideologie zu übernehmen.[42] Zum anderen, gleichwohl eine Art Gleichschaltung zwischen Justiz, Staat, Recht usw. stattfand und der Einfluss der NSDAP in allen Bereichen wuchs, war das Verhältnis zwischen Jurisprudenz und Partei zu jeder Zeit äußerst angespannt.[43]

Insgesamt war die Justiz unter der Herrschaft der Nationalsozialisten ein Lakai um die Verbrechen und Gräueltaten dieses Unrechtsregimes zu legitimieren und daran teilzunehmen – also eine „Strafunrechtspflege".[44] Es wäre jedoch zu kurzsichtig, ihr gleich den Stempel der „Terrorjustiz"[45] aufzudrücken. Der Fokus in Wissenschaft, gesellschaftlichen Debatten usw. liegt, logischerweise, gerade auf dem staatlichen Terror. Somit wird der „Justizalltag" häufig zu wenig analysiert.[46] Besonders in den niedrigeren Abteilungen der juristischen Behörden kann man durchaus von einer, auch nach heutigen Ansichten, voll funktionsfähigen Rechtspflege sprechen.[47]

2.3 Deutsche Justiz im Protektorat Böhmen und Mähren

Wie schon erwähnt, wurde im Protektorat Böhmen und Mähren neben der bestehenden auch eine deutsche Verwaltung eingerichtet. Somit gab es ebenfalls eine autonome und eine deutsche Justiz, die ähnlich wie ihr Vorbild in Hitlers Deutschland aufgebaut war und teilweise auch mit Personen von dort besetzt wurde.[48] Es kam zu einem Rechtsdualismus, in dem die neugegründete Justiz immer mehr an Relevanz gewann, sprich: Immer mehr Fälle wurden von deutschen Gerichten verhandelt.[49] Außerdem war es selbst für damalige Akteure nicht immer eindeutig, wer vor welchem Gericht verurteilt werden sollte, gerade weil die Gesetzte so allgemein gehalten wurden. Demnach war die Verteilung manchmal sehr willkürlich.[50]

Zunächst wurden die „Verordnung über die deutsche Gerichtsbarkeit im Protektorat Böhmen und Mähren" und die „Verordnung über Ausübung der Strafgerichtsbarkeit im Protektorat Böhmen und Mähren", beide vom 14. April 1939, erlassen, die – nomen est omen – den Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Justizbehörden regeln und abgrenzen sollten.[51]

Nach geltendem Recht und nach dem „Erlass des Reichsministers des Inneren" vom 20. April 1939 gab es drei unterschiedliche Bevölkerungsgruppen, die auch abnehmend weniger Rechtsschutz erwarten konnten. Zunächst die deutsche, die Reichsbürger, also Menschen aus dem Deutschen Reich, die sich im Protektorat aufhielten, und Menschen, die durch eigenes Bekenntnis, durch Sprache, Erziehung, Kultur usw. und nach Prüfung von offizieller Seite[52] eine deutsche Staatsangehörigkeit erlangen konnten. Nach NS-Rechtsgrundlage gab es eine „Reichsbürgerschaft", also eine Staatsbürgerschaft „deutsche[n] oder artverwandte[n] Blutes" oder eine einfache Staatsbürgerschaft, die alle anderen Ethnien auf Boden des NS-Reiches beinhaltete.[53] In den Urteilen, die im Folgenden untersucht werden, wird ausschließlich nur der Terminus „deutsche/r Staatsangehörige/r" benutzt. Also nur eine Unterscheidung zwischen deutsch oder nicht deutsch gemacht und dies nicht weiter ausgeführt. Ein genauer Unterschied zwischen deutscher Staats- und Volkszugehörigkeit wurde also nicht gemacht, was anscheinend im Protektorat üblich war.[54] Einzig und allein deutsch oder nicht deutsch zu sein war wichtig. Zu diesem Sachverhalt wird in der sprachlichen Analysen der Urteilstexte genauer eingegangen. Jedenfalls folgten daraufhin die „Protektoratsangehörigen", also Tschechen oder Menschen, die vor Annexion im Gebiet des Protektorats lebten und eben keinen Antrag auf deutsche Staatsbürgerschaft stellten oder dieser nicht erfolgreich war. Wobei die Tschechen basierend auf der NS-Ideologie und nach NS-Jargon „rassisch verwandt" waren.[55] Inwiefern sie

---

41 ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 143.

42 MAUS, I., »Gesetzesbindung« der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen. In: DREIER, R., (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich"*, Frankfurt am Main, 1989 S. 92.

43 HATTNEHAUER, H., Richterleitbilder im 19. und 20. Jahrhundert. In: DREIER, R. (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich"*. Frankfurt am Main, 1989, S. 28.

44 HOTTES, C., Strafvollzug im Dritten Reich. Ein Beitrag zu seiner Darstellung und historischem Lernen aus der NS-Geschichte. In: JURISTISCHE ZEITGESCHICHTE NORDRHEIN-WESTFALEN, vol. 1, 1993, S. 203.

45 NIERMANN, H.-E., Vorüberlegungen. In: JURISTISCHE ZEITGESCHICHTE NORDRHEIN-WESTFALEN, vol. 3, 1995, S. 38.

46 RÜCKERT, J., *Justiz und Nationalsozialismus. Bilanz einer Bilanz 50 Jahre Institut für Zeitgeschichte.* München, 1999, S. 190 ff.

47 HOTTES, C., Strafvollzug im Dritten Reich. Ein Beitrag zu seiner Darstellung und historischem Lernen aus der NS-Geschichte. In: JURISTISCHE ZEITGESCHICHTE NORDRHEIN-WESTFALEN, vol. 1, 1993, S. 203.

48 SCHELLE, K., TAUCHEN, J., *Grundriss der Tschechoslowakischen Rechtsgeschichte*. vol. 1, München, 2009, S. 69.

49 TAUCHEN, J., *Zum Verfahren vor deutschen Strafgerichten im Protektorat Böhmen und Mähren*. Györ, 2012, S. 126 f.

50 ANDERS-BAUDISCH, F., Aus der „Rechts"-Praxis nationalsozialistischer Sondergerichte im „Reichsgau Sudetenland" 1940-1945. In: *Bohemia*, vol. 40, Nr. 2, 2016, S. 342.

51 TAUCHEN, J., Die Anwendung des deutschen Strafrechts im Protektorat Böhmen und Mähren. In: *Publicationes Universitatis Miskolcinensis*, vol. 29, 2011, S. 144.

52 BRYANT, C., Either German or Czech. Fixing Nationality in Bohemia and Moravia, 1939-1946. In: Slavic Review, Vol. 61, 2002, S. 687.

53 UNIVERSITÄT POTSDAM (Hrsg.): *Das historische Kalenderblatt. Die „Nürnberger Rassegesetze" vom 15. September 1935*. online in: https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/5388/file/heft1_2005_S91_93.pdf, (Stand: 30. 09. 2017).

54 BENES, Z. (Hrsg.), *Geschichte verstehen. Die Entwicklung der deutsch-tschechischen Beziehungen in den böhmischen Ländern 1848 – 1948*. Prag, 2002, S. 122.

55 MAJER, D., Das besetze Osteuropa als deutsche Kolonie (1939-1944), Die Pläne der NS-Führung zur Beherrschung Osteuropas. In: Fritz BAUER INSTITUT (Hrsg.), *Gesetzliches Unrecht. Rassistisches Recht im 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2005, S. 114 f.

dadurch Vorteile in der Behandlung im Gegensatz zu anderen Ethnien, die unter dem NS-Reich besetzt waren, hatten, ist u.a. Teil dieser Arbeit. Auf unterster Stufe (dritte Gruppe) standen Menschen, auf die die Nürnberger Rassegesetze abzielten (Juden, Sinti und Roma…). Diese Gruppe konnte sich auf so gut wie gar keinen Rechtsbeistand verlassen.[56] Die erste Gruppe sollte vor deutsche, Protektoratsangehörige vor tschechische und die dritte ebenfalls vor deutsche Gerichte gestellt werden – wobei diese zum Untersuchungszeitpunkt 1942 durch den weiter fortschreitenden Holocaust und Krieg gerade von Amtsgerichten nicht mehr behandelt wurden. Besonders schwere Fälle sollten immer von deutschen Behörden bearbeitet werden.[57]

3. Analyse von Prozessakten bzw. Urteilen aus dem Amtsgericht Brünn

Wie schon erwähnt, liegen die verwendeten Quellen, also Urteile bzw. Prozessakten, in Prag im Archiv ÚSTR, im Archiv-Fond 134 von den Ziffern 176 bis 211 („Německý úřední soud Brno", deutsch: „Deutsche Amtsgericht in Brünn"). Das Amtsgericht Brünn bestand von Anfang bis Ende des Protektorats (1939 - 1945). Die Akten wurden in den 1950er Jahren sie von der Staatssicherheit der DDR an die der ČSSR, die sog. „Státní bezpečnost" (kurz StB), übergeben und von dieser dann grob sortiert, analysiert und anscheinend auch für deren Operationen verwendet.[58] Über Verluste während des Zweiten Weltkriegs oder danach ist nichts bekannt. Demnach ist von einer vollständigen Überlieferung auszugehen. Wobei eine Ordnung oder ein System bei diesen Akten jedenfalls nicht zu erkennen ist. Die einzelnen Archivboxen waren weder chronologisch, thematisch oder nach Nationalität der Angeklagten oder Geschädigten geordnet. In jeder Box, die ungefähr jeweils ungefähr 12 Aktenordner beinhaltete, konnten Urteile und Fälle aus jedem der sechs Jahre, in denen das Amtsgericht Brünn operierte, mit den verschiedensten Teilnehmern und den unterschiedlichsten Straftaten gefunden werden. So war es notwendig, gleichwohl sich diese Arbeit nur auf das Jahr 1942 fokussiert, zumindest flüchtig jede einzelne Akte zu sichten und zu begutachten (35 Boxen mal ungefähr 12 Prozessakten jeweils sind insgesamt ca. 420 Aktenordner bzw. Prozesse, 148 davon während dem Jahre 1942). Mit der Zeit jedenfalls fanden die Prozessakten und weitere, das NS-Justiz-System im Protektorat betreffende, dann ihren Weg in die Archive. Heute liegen sie im ÚSTR in Prag und sind frei zugänglich für jede*n.

Rechtsprechung und deren Akteur*innen beeinflussen enorm deren zugehörige Gesellschaft und die darin inbegriffenen Individuen.[59] Anhand von Justizakten insgesamt können, gerade durch ihre Vielfalt (Personal-, Ermittlungs-, Gefängnis-, Prozessakten), viele verschiedene Aspekte dargestellt und untersucht werden - besonders gut alltagsgeschichtliche Analysen.[60] Strafverfahren wiederum geben u. a. einen Einblick in die besonderen sozialen Problemlagen und mentalen Haltungen, „die das Lokalkolorit einer Region ausmachen".[61] Gleichwohl sind die dabei getroffenen Aussagen sehr subjektiv und relativ. Denn diese Quellen sind im Auftrag von und durch die Justizbehörden entstanden, vermitteln also hauptsächlich den Blick und Perspektive der Urteilenden, nicht von Opfern oder Täter*innen.[62]

Bei Betrachtung von Urteilen tritt vornehmlich die Anschauung der Richter*innen in Vordergrund, also nicht die der zuständigen Behörde oder der Bevölkerung.[63] Jedoch wurden, wie weiter oben erwähnt, in der NS-Zeit von staatlicher Seite immer mehr politischer und ideologischer Druck und Einflussnahme auf diese ausgeübt. Strafrecht und Staat sind zu dieser Zeit nämlich intern miteinander verbunden.[64] Treue war ebenso zentraler Bestandteil der NS-Rechtsideologie, deshalb wurde stark auf diese geachtet.[65] Somit lässt sich aus den Urteilen der NS-Justiz nicht nur die Perspektive des leitenden Richters erforschen, sondern auch welche Haltung die Nationalsozialisten verlangten, wie sie auf akute Problemlagen oder besondere Ereignisse reagierten und wie dies sich letztendlich in den Texten widerspiegelt.[66] Außerdem, wie bei allem von Menschenhand Gemachten, kann und konnte es ebenso zu Fehleinschätzungen kommen, was auch berücksichtigt werden muss.[67]

Es gibt viele verschiedene Ansätze mit Justizakten zu forschen. In diesem Fall wird sich nur auf eine breite, extensive Analyse der Urteile beschränkt, also Anklageschriften, Aussagen oder Vernehmungsprotokolle nur bedingt in Betracht gezogen.[68] Zum einen hat dies praktische Gründe, da der Rahmen dieser Arbeit ansonsten nicht ausreichen würde. Zum anderen ist ein Urteil eine Art Zusammenfassungen des vorherigen Pro-

[56] SCHELLE, K., TAUCHEN, J., *Grundriss der Tschechoslowakischen Rechtsgeschichte*. vol. 1, München, 2009, S. 71.
[57] Ebenda, S. 73.
[58] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, *Fond 134, Německé soudy v Protektorátu Čechy a Morava*, online in: http://www.abscr.cz/data/pdf/abs/inventar134.pdf, Stand: 30. 09. 2017.
[59] LEHNSTADT, S., Mehr als nur die Verbrechen. Kulturgeschichtliche Fragen an Justizakten. In: FINGER, J., (Hrsg.): *Vom Recht zur Geschichte. Akten aus NS-Prozessen als Quellen der Zeitgeschichte*. Göttingen, 2009, S. 167.
[60] Ebenda, S. 170.
[61] ANDERS-BAUDISCH, F., Aus der „Rechts"-Praxis nationalsozialistischer Sondergerichte im „Reichsgau Sudetenland" 1940-1945. In: *Bohemia*, vol. 40, Nr. 2, 2016, S. 334.
[62] KELLER, S., Geschichte aus Gerichtsurteilen. Perspektiven auf die Gesellschaft in der Kriegsendphase. In: FINGER, J., (Hrsg.): *Vom Recht zur Geschichte. Akten aus NS-Prozessen als Quellen der Zeitgeschichte*. Göttingen, 2009, S. 185.
[63] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 434 f.
[64] Ebenda, S. 36.
[65] BREUNING, S., *Roland Freisler: Rechtsideologien im III. Reich. Neuhegelianismus kontra Hegel*. Hamburg, 2002, S. 37.
[66] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 20.
[67] Ebenda, S. 66.
[68] KELLER, S., Geschichte aus Gerichtsurteilen. Perspektiven auf die Gesellschaft in der Kriegsendphase. In: FINGER, J., (Hrsg.): *Vom Recht zur Geschichte. Akten aus NS-Prozessen als Quellen der Zeitgeschichte*. Göttingen, 2009, S. 180.

zesses, Ermittlungsarbeit und des kompletten Strafverfahrens, in der noch einmal alle relevanten und entscheidenden Informationen rekonstruiert werden.[69]

3.1 Struktur und Hintergründe der Prozessakten und Urteile aus dem Amtsgericht Brünn

Die Grundstruktur der vorliegenden Quellen ist so gut wie immer identisch. Insgesamt ist ein Urteil ungefähr zwischen zwei und sechs Seiten lang. Jede Prozessakte beginnt mit einer Anzeige, es folgen Personalbogen, Protokolle von Vernehmungen des Angeklagten oder der Zeugen, eine Anklageschrift, ein Protokoll der Hauptverhandlung evtl. von einer weiteren (was äußerst selten ist) und am Ende ein Urteil. Daran hat sich formal, verglichen mit heute, so gut wie nichts geändert.[70]

Ein Urteil beginnt zunächst mit der obligatorischen Überschrift „Im Namen des deutschen Volkes!“, was bei einer deutschen Justizbehörde auch nicht weiterer Betrachtung bedarf. Jedoch wurden diese Urteile im Protektorat Böhmen und Mähren gefällt, was offiziell nicht vollständig an das NS-Deutschland angeschlossen war. Dadurch wird schon durch diesen einen Satz ein Herrschaftsanspruch einer Ethnie, der deutschen, über das Gebiet des Protektorats klar erhoben.[71]

Darauf folgen die persönlichen Daten des/der Angeklagten wie Geburtsdatum, Name, Familienstand, usw. Ebenfalls in diesem ersten Satz wird die angezeigte Straftat erwähnt. Hier ein Beispiel: „Strafsache gegen den verheirateten Kaufmann Franz Šlechtický [Geburtsdatum, Wohnort, etc.] wegen Steuerhehlerei.“[72] Es folgen die Basisinformationen über die Hauptverhandlung, also Zeitpunkt, ob öffentlich (eigentlich immer) oder nicht, Teilnehmer, wer, wenn benötigt, dolmetschte, usw. Danach wird schließlich das endgültige Urteil bekanntgegeben, sprich Freispruch, Gefängnis- oder Geldstrafe. Ein Beispiel: „Der Angeklagte Wilhelm Synek wird wegen Amtsanmaßung zu einem Jahr Gefängnis […] und zu den Kosten des Verfahrens verurteilt.“[73] Typisch für NS-Urteilstexte ist die ausführliche Tatschilderung. Dieses Vorgehen, also durch eine detailreiche Darstellung mit wenigen juristischen Fachbegriffen, dafür mit mehr ausformulierten Sachverhalten, sollte zu „volkstümlicheren“ Texten führen. Es sollten keine intellektuell höchst anspruchsvollen Dokumente entstehen, sondern solche, die jede*r verstehen kann - eine Maßnahme gegen die elitäre Praxis der Juristen, die den Nationalsozialisten ein Dorn im Auge war, da sie selbst selten eine juristische Ausbildung hatten und deshalb dieses Wissensmonopol der Jurisprudenz brechen wollten.[74] Eines von vielen Beispielen ist der Prozess gegen den Aktuarsekretär Karl Domes, der (nur) wegen übler Nachrede zu zwei Monaten Gefängnis verurteilt wurde. Für diesen einen Fall von ein paar in aller Öffentlichkeit ausgerufenen Schimpfwörtern und einer relativ geringen Gefängnisstrafe beträgt allein die Beschreibung des Tathergangs fast vier Seiten.[75] Auf sprachliche Auffälligkeiten und den Inhalt wird an späterer Stelle genauer eingegangen.

Diese äußerliche Veränderung war nicht die einzige. Zuvor wurden die einzelnen Abschnitte eines Urteils mit kurzen Überschriften unterteilt. Dies fällt seit dem Jahr 1941 weg. In den Urteilen aus dem Amtsgericht Brünn aus dem Jahre 1942 gibt es lediglich noch eine Überschrift und die lautet: „Begründung:“. Zugleich wurden die vorher getrennt behandelten Teile eines Urteilstextes auch separat aufgeführt. Dagegen wurde nun eine Vermischung jener gefordert. Alles, um mit dem juristischen Habitus zu brechen und der „Volkstümlichkeit“ wegen und um letztendlich die Macht der Nationalsozialisten gegenüber der Justiz zu vergrößern – jedenfalls nach Meinung des NS-Regimes.[76] Zuletzt, aber dennoch nicht unwesentlich, folgt die Urteils-Begründung. Hierbei werden noch einmal grob die Straftaten wiedergegeben und niedergelegt, warum dies oder jenes als Vergeltung angemessen gilt.

3.2 Analyse der Urteile von 1942

Das Amtsgericht bildete, so wie heute immer noch, die unterste Instanz im Justiz-Apparat. Somit wurden hier relativ banale und kleine Straftaten verhandelt, sodass man bei der Analyse nah am alltäglichen Geschehen im Protektorat ist. Todesstrafen wurden nicht verhängt, sondern kurz- bis längerfristige Gefängnisaufenthalte oder Geldstrafen. Es sind nur zwei größere Gruppen vertreten: Deutsche und Tschechen. Lediglich einige wenige slowakische Staatsangehörige wurden vor dem Amtsgericht Brünn für illegalen Grenzübertritt abgeurteilt. Doch ist deren Zahl zum einen sehr gering (unter 20). Folglich sind jene Fälle nicht aussagekräftig genug und damit ungeeignet für die Analyse.

3.2.1 Wortwahl in den Urteilen

Nach rechtsstaatlichen Maßstäben muss ein Justiz-Apparat mitsamt seiner Mitarbeiter*innen eine unabhängige Behörde und Instanz im staatlichen Geflecht bilden.[77] Daraus folgt, dass auch ein Urteil aus einem neutralen und nicht wertenden Text besteht. Dass das NS-Deutschland kein Rechts- sondern ein Unrechtsstaat war und damit auch die Situation in den besetzen Gebieten nicht anders war, steht mittlerweile außer Frage. Genauso wenig waren die Richter persönlich unabhängig, wie schon erwähnt. Neutrale Urteile können also nicht erwartet werden. Aber wie genau schlug sich diese Indoktrination der Nationalsozialisten auf die juristische Rhetorik in den Urteilstexten nieder?

---

[69] Ebenda, S. 185.
[70] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 65.
[71] Ebenda, S. 433.
[72] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, *Bestand des Studieninstituts des Ministeriums des Innern, 134-191-13, Amtsgericht Brünn,* S.13.
[73] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-197-2, S. 31.
[74] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau*, S. 438.
[75] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-209-4, S. 38 ff.
[76] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau*, S. 440 f.
[77] LIENHARD, A., *Justiz zwischen Management und Rechtsstaat. Ergebnisse aus dem Forschungsprojekt „Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz“*. Wien, 2016, S. 5 f.

Die NS-Ideologie war eine rassistische Weltanschauung. Folglich wäre es durchaus nachvollziehbar, dass gerade bei Bezeichnungen von Nationalitäten und Ethnien in den Urteilen das ganze Repertoire „völkischer" Vokabeln wie „Arier", „deutschblütig" oder „Herrenrasse", zur Anwendung kommt. Erstaunlich ist, dass zumindest in den Urteilstexten von 1942, nur ein einziges Mal das Wort „Arier" bzw. „Arierin" vorkommt. Genauer gesagt in der „Strafsache gegen die Arierin Anna Oppenheim […], Witwe des Juden Karl Oppenheim, […] deutsche Staatsangehörige, wegen Vergehens nach der Verordnung über das jüdische Vermögen."[78]

Interessant ist, dass zum einen erwähnt wurde, dass sie „Ariern" und zum anderen „deutsche Staatsangehörige" war. In diesem konkreten Fall wird also doch unterschieden, zwischen einer „Rassenzugehörigkeit" und einer einfachen „Staatsbürgerschaft". Jemand der/die zwar deutsche/r Staatsbürger*in war, musste nicht zwangsläufig ein/e „Arier*in" sein. Nichtsdestotrotz ist dies nur ein Einzelfall und auch der einzige, in dem ein Jude eine Rolle spielte. Wie weiter oben erwähnt waren Gerichte zu diesem Zeitpunkt (1942) gar nicht mehr zuständig für Menschen jüdischen Glaubens

Ansonsten findet sich auch in anderen Urteilstexten aus dem Jahre 1942 nur die sprachliche Unterscheidung zwischen einer deutschen Staatsangehörigkeit „Strafsache gegen die Ehefrau Martha Meier, […] deutsche Staatsangehörige, wegen Diebstahls."[79] Sobald der Angeklagte tschechischer Nation war, gestaltet sich der erste Satz so: „Strafsache gegen den geschiedenen Malzbrenner Franz Polak, […] Protektoratsangehöriger, […] wegen Amtsanmaßung."[80] So gut wie nie wird von einem „Volksdeutschen" oder „Reichsbürger" gesprochen. Einzig und allein war es für die vorsitzenden Richter wichtig, ob die Angeklagten deutsche oder nicht-deutsche Staatsangehörigkeit hatten.

Zwar wurde der Begriff des/der „Protektoratsangehörige*n" nicht in Kombination mit rassistischen Adjektiven oder Bezeichnungen verbunden, jedoch war es an sich ein klar abwertender. Denn dieser erkannte den eigentlichen Tschechen das Recht ab eine eigene Ethnie zu sein und damit auch das Anrecht auf den Staat, den sie nicht vor allzu langer Zeit erst besaßen. Ähnlich verhält es sich mit der Begrifflichkeit der „Rest-Tschechei"[81] und mit dem Euphemismus „Protektorat Böhmen und Mähren", der, wie weiter oben erwähnt, auch nur eine Täuschung war. Damit wurde die Tschechoslowakische Republik nicht nur territorial, sondern auch sprachlich zerschlagen.

Unabhängig von dem jeweiligen Prozess, also auch unabhängig von den Beteiligten, wurde diese Unterscheidung von Nationalitäten nicht nur in dem zusammenfassenden ersten Satz, sondern auch im weiteren Text beibehalten und nicht bemerkenswert verändert.

Auffällig dagegen sind die sich häufenden wertenden Begriffe wie „frech", „dreist/Dreistigkeit", usw. Der Elektrikerlehrling Rodolf Jurak beging die „widerlichste Form eines Diebstahls". Er bestahl in seinem Ausbildungsbetrieb im Pausenraum seine „Arbeitskameraden", indem er deren Spinde aufbrach und daraus Geld und andere Dinge entwendete. Genau dieser Umstand, nämlich Diebstahl unter Kameraden, also in Augen der Nationalsozialisten und nach Angabe der Richter eine Gruppe, die von besonderem Zusammenhalt geprägt sein müsste, so zu hintergehen, verleitet die vorsitzenden Juristen zu dieser Aussage.[82]

Ob jugendlich, deutsch oder tschechisch: oft belegen die Richter die Angeklagten und Verurteilten mit wertenden bis abwertenden Begriffen – was äußerst typisch für die NS-Gerichte ist.[83] Dabei richten sich die Aussagen entweder gegen die begangene Tat oder deren Persönlichkeit. Am häufigsten kommen jene Bemerkungen bei Heranwachsenden vor. Diese werden häufig als frech bezeichnet. Einen Unterschied zwischen „Protektoratsangehörigen" und Deutschen ist jedoch nicht zu verzeichnen. Weder werden Tschechen öfters oder noch drastischer bewertet, jedenfalls in Bezug auf Adjektive, als deutsche Staatsangehörige. Auch ist zwischen den Geschlechtern kein Unterschied zu erkennen. Dass es eine vorgefertigte Meinung über bestimmte Gruppen von Angeklagten gibt, kann nur bei der der Jugendlichen ansatzweise abgelesen werden. Und zwar insofern, dass junge Erwachsene durch ihr fehlendes Alter und die noch zu erwerbende Erfahrung vermehrt zu Leichtsinn und Frechheiten neigen.

Weiter oben wird darauf eingegangen, dass Urteile immer volkstümlicher geschrieben werden sollten. Was nicht mehr erwünscht war, waren hoch anspruchsvolle Texte, die nur akademisch gebildete Juristen verstehen konnten. So kommt es zum Gebrauch von Redewendungen, die in der Tat sehr umgangssprachlich wirken: „Das Geld vernaschte er".[84] Gemeint ist der Maschinenschlosser Lepold Schlesinger, der Banknoten stahl, um diese dann in Süßigkeiten anzulegen. Besonders drastisch: „Einmal ließ sich Hořinek den Geschlechtsteil des Peyerl in seinen Hintern stecken"[85] - ohne jedwede Fachbegriffe.

3.2.2 Urteilsbegründungen

Sofern die Angeklagten Tschechen waren, war der erste Satz der Urteilsbegründung jedes Mal „Der/die Angeklagte ist Protektoratsangehörige/r". Bei Deutschen wurde dies nicht noch einmal explizit erwähnt. Der erste Satz der Begründung unterstrich also, dass alle gefällten Urteile durch die tschechische Nationalität der betreffenden Person zu Stande kam - eine klare rassistische Aussage.

[78] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-195-8, S. 20.
[79] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-191-9, S. 18.
[80] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-191-11, S. 25.
[81] TAUCHEN, J., Die Anwendung des deutschen Strafrechts im Protektorat Böhmen und Mähren. In: *Publicationes Universitatis Miskolcinensis*, vol. 29, 2011, S. 141.
[82] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-206-6, S. 26.
[83] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 437.
[84] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-203-21, S. 56.
[85] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-205-14, S. 49.

Darauf folgt meist eine äußerst ausführliche Tatschilderung - durchschnittlich gut eine Seite. Die hier untersuchten Urteile umfassen meistens knapp drei und bis annähernd sieben Seiten. Folglich ist oft ein gutes Drittel des Textes allein der Darstellung des Tathergangs gewidmet. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Prozess gegen den Schuhmachermeister Franz Drahonsky, in dessen Urteil über zwei von fünf Seiten fast minutiös die Tat beschrieben wird.[86]

Ebenfalls sehr detailreich wurden die Angaben zur Person beschrieben, besonders bei Jugendlichen. Dabei wurde Bezug auf familiäre und materielle Verhältnisse genommen, Erziehung bzw. politische Einstellung, Intelligenz und physische sowie psychische Gesundheit. Beispielsweise wurde der Heranwachsende Heinrich Bubla gerade wegen eben diesen Angaben über seine Familie, deren Zustand, dass die Eltern geschieden leben, der Vater „geistig beschränkt“ [87] sei, zu Jugendarrest und anschließender Unterbringung in einer Erziehungsanstalt verurteilt. Jedoch wurde explizit erwähnt, dass wegen oben genannter Verhältnisse „ein staatlicher Eingriff in die Erziehung notwendig“ [88] sei und deshalb wurde diese Strafe verhängt. Dieser Fokus auf den persönlichen Hintergrund ist äußerst typisch für die NS-Justiz.[89] Eine Häufung bei Deutschen oder „Protektoratsangehörigen“ ist allerdings nicht zu verzeichnen. Weder wurde besonders genau oder besonders gründlich bei einer bestimmten Nationalität im Vergleich zur anderen diese Aspekte durchleuchtet.

Großen Wert wurde bei NS-Prozessen auf das Geständnis der Angeklagten gelegt.[90] Wurde die Tat zugegeben, wurde dies immer als mildernder Umstand verbucht und bei der Ermittlung des Strafmaßes berücksichtigt. Genauso entscheidend war die Frage nach Vorsatz der Tat, die zu ihrer Ausführung verleitete.[91] Dadurch kann es zu einem Freispruch kommen, obwohl ein Vergehen festgestellt wurde. Der landwirtschaftliche Arbeiter und „Protektoratsangehörige“ Johann Strouhal wurde wegen einer Urkundenfälschung angezeigt, da er seinen Namen, der auf einem Passierschein von den Behörden nicht richtig geschrieben wurde, selbst korrigierte. Zwar kam es auch zum Prozess und es wurde sogar eine Straftat festgestellt, doch ist das Bewusstsein „der Rechtswidrigkeit nicht mit ausreichender Sicherheit feststellbar“.[92] Unwissenheit schützt eigentlich nicht vor Strafe. Jedoch in diesem Fall war weder eine Erregung, die dazu verleitete, noch ein Vorsatz zu erkennen - Freispruch.

Darüber hinaus ließen NS-Gerichte genauso die Prognose zur Besserung in das Strafmaß mit einfließen.[93] Da der deutsche, erwerbslose Johann Stary schon einen erheblichen Hang zu Diebstählen zeigt, obwohl er aus „einer ordentlichen Familie“ stammte, „doch ist er zu viel sich selbst überlassen und ist Versuchungen gegenüber zu widerstandslos“,[94] bestand aus Sicht des Gerichts leider wenig Hoffnung auf Besserung. Folglich konnte er nicht auf Milde seitens des Amtsgerichts Brünn hoffen.

Das gerade in der Rüstkammer des NS-Reiches, also dem Protektorat Böhmen und Mähren, Arbeitsmoral eine wichtige Rolle spielte, zeigt der Prozess gegen Josef Busek, der Elektromonteur in den Waffenwerken in Brünn war. Busek entwendete an seinem Arbeitsplatz Werkzeuge und Material in geringem Wert. Gerade weil es die Waffenwerke waren, handelte es sich um „wehrwichtige Anlagen“ [95] und er hatte „einen wehrwirtschaftlichen Betrieb geschädigt“ [96] - für das NS-Regime keine Lappalie. Hinzukommend war er sogar „Protektoratsangehöriger“. Trotzdem, gerade weil er so ein tüchtiger, fleißiger Arbeiter und auch im Übrigen ein gutbeleumundeter Mensch war, wurde er nur zu einer Geldstrafe von 30 RM verurteilt. An diesem Beispiel ist auch gut die Bedeutung des Leumunds im NS-Strafrecht zu erkennen und welche Auswirkungen er auf die Rechtsprechung haben kann.[97]

Vergehen und Straftaten wurden schnell auf eine allgemeinere Ebene gehoben. Ein*e Straftäter*in verging sich nicht nur an einem Individuum, sondern schadete der kompletten „Volksgemeinschaft“, was nach NS-Auffassung äußerst hart zu bestrafen war.[98] Besonders bei Heranwachsenden wird deswegen oft erwähnt, dass es zwar nur ein geringes Vergehen war und eigentlich keiner großen Bestrafung bedarf, doch musste das „Verwerfliche und Gemeinschaftswidrige ihrer Handlungsweise eindringlich zum Bewusstsein gebracht werden“.[99] Diese Begründung ist in so gut wie jedem Urteilstext im Prozess gegen eine*n Jugendliche*n zu lesen – ob Tschechen oder Deutsche. Es wirkt so, als ob sich NS-Gerichte, inklusive dem deutschen Amtsgericht in Brünn, als eine Art „Volkspädagoge“ mit missionarischen Ambitionen betrachten.[100]

Weil Staat, Volk, Partei, usw. alle gleichgesetzt wurden, wurden die Richter angehalten besonders empfindlich auf Vergehen und Verunglimpfungen deutscher Behörden, an der NSDAP etc. zu reagieren. Der vermeintlich einfache kleine Satz „Wollten die von Ihnen nicht einen Schinken haben?“ [101] wird dem

[86] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-208-3, S. 36 f.
[87] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-208-5, S. 50.
[88] Ebenda, S. 51.
[89] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 442.
[90] Ebenda S. 442 f.
[91] Ebenda, S. 443.
[92] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-191-5, S. 17.
[93] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 444.
[94] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-193-12, S. 22.
[95] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-196-4, S. 17.
[96] Ebenda, S. 17.
[97] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 456.
[98] Ebenda, S. 451.
[99] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-181-1, S. 48.
[100] ANDERS-BAUDISCH, F., *Strafjustiz im Sudetengau. 1938 – 1945*. München, 2008, S. 448.
[101] ARCHIV BEZPEČNOSTNÍCH SLOŽEK, 134-209-4, S. 37.

Aktuarsekretär Karl Domes zum Verhängnis. Er wird wegen übler Nachrede nach § 186 RStGB, wegen eben jenes Satzes, zu zwei Monaten (Höchststrafe ist laut diesem Paragraphen ein Jahr) Haft verurteilt.

4. Fazit

Die Anzahl der Verfahren vor dem Amtsgericht Brünn erreicht im Jahre 1942 ihren Höhepunkt. Die Analyse hat ergeben, dass es sich hierbei um sehr „alltägliche" Straftaten gehandelt hat. Es gab keine hochpolitischen Prozesse gegen Partisanen, Juden oder politische Gegner der NS-Besatzungsherrschaft oder des Regimes, keine Todesstrafen und keine Schauprozesse, die mit öffentlicher Hinrichtung endeten. Vor dem Amtsgericht Brünn wurden meist Fälle wegen Diebstahls nach § 242 bzw. insgesamt wirtschaftliche Delikte verhandelt, da im Protektorat ein großer Mangel herrschte, hervorgerufen durch die sich weiter verschlechternde Versorgungslage bei sich verschärfenden Kriegshandlungen. Da waren beispielsweise die Bäuerin, die Lebensmittel stahl, der Arbeiter, der ein Schwein schwarzschlachtete, oder der Akademiker, der beim Glücksspiel erwischt wurde.

Anhand der Struktur des NS-Justizsystems auf dem Boden des Protektorats Böhmen und Mähren, wäre eine Benachteiligung der Tschechen gegenüber den Deutschen vor den Schranken des Gerichts zu vermuten gewesen. Dies könnte womöglich durchaus zutreffend für Prozesse vor den stark ideologisch beeinflussten Sondergerichten im Protektorat oder dem Volksgerichtshof in Berlin sein.

Anhand der Analyse der Akten, also die Betrachtung der Inhalte, der Rhetorik etc., lässt sich diese Aussage für das Amtsgericht in Brünn für das Jahr 1942 nicht bestätigen. Es lassen sich keine eindeutigen Tendenzen oder Muster zum Nachteil Nicht-Deutscher erkennen. Zwar wird jede Urteilsbegründung gegen ein*e Tschech*in mit der Wiederholung und Unterstreichung der Nationalität begonnen. Insgesamt aber lassen sich genauso viele abwertende Begriffe und Adjektive bei Deutschen wie bei Tschechen finden und auch sonst kamen keine explizit rassistischen Begriffe, die nur für Tschechen bzw. Slawen gebraucht wurden, in den Texten vor.

Das deutsche Amtsgericht in Brünn arbeite 1942 einerseits ganz nach der Dogmatik der Nationalsozialisten. Andererseits, weil es eben einfach ein kleines, längst nicht so bedeutendes Gericht war und keine hohe Instanz im Justiz-Apparat, kann durchaus von einer juristisch korrekten Praxis gesprochen werden. Damit wird der Unrechtsstaat der NSDAP keineswegs legitimiert, doch wird die weiter oben erwähnte Vermutung bestätigt, dass die NS-Justiz nicht in allen Instanzen mit einer Terrorjustiz gleichzusetzen war. Gerade auf der Ebene der Amtsgerichte, auf der die eher politisierten, aber nicht die politisch wichtigen Prozesse geführt wurden, griffen die Nationalsozialisten weniger ein. Dadurch lag es oft in der Hand des vorsitzenden Richters, wie er die individuellen (Frei-)räume und Generalklauseln nutzte, die er durch das Gesetz besaß.

Studien über die Rechtsprechung der unteren Instanzen während der NS-Zeit - im „Alt-Reich" wie auch in anderen besetzten Gebieten - sind sehr selten, deshalb kann es keinen umfassenden Vergleich geben, was sich aber durchaus lohnen könnte. Außerdem gibt es keine Arbeit, die die Personalakten der NS-Justiz im Protektorat, die anderer Gerichte oder anderer Organe untersucht, was ebenfalls von juristischem wie historischem Interesse sein könnte.

The Birth of Criminalistics and the Transition from Lay to Expert Witnesses in German Courts

Raluca Enescu, Leonie Benker***

Abstract

The European judicial setting underwent profound changes with the shift from testimonial to material evidence at the end of the 19th century. Expert witnesses possessing specialist knowledge entered the courtroom, throwing shadow on lay witnesses who suddenly were considered unreliable. This evidential mutation arose from the emergence of specialist knowledge delivered by expert witnesses. New laws were required and judgments were passed in order to clarify the respective competency of experts and judges. Three guideline judgments of the Imperial Court of Justice involving experts are discussed and put in parallel with the principle of free evaluation of evidence as well as with wrongful convictions.

Keywords: *Judicial decision-making; expert witnesses; lay witnesses; Imperial Court of Justice; history of forensic science; free evaluation of evidence; wrongful convictions.*

1. From lay to expert witnesses

Lay witnesses such as eyewitnesses and alibi witnesses were the privileged sources of information for trials until the 19th century. They provided facts by means of their statements, which were then transformed into evidence by the legal process. The Constitutio Criminalis Carolina ruled over civil and criminal trials from 1532 until the Penal Code of the German Empire of 1872 and the Code of Criminal Procedure of 1879. Under section 67 of the Carolina, the sufficient proof of a crime was defined by the deposition of "two or three credible witnesses" [1]. The low number of testimonies pointing consistently at a criminal act shows the importance of lay witnesses during these centuries. The minimum number of witnesses, two or three, was left at the discretion of the court, the core idea being that more than one witness should testify about a crime in order to convict a defendant [2].

Apart from lay testimonies, the only witnesses possessing specialist knowledge who were summoned to courts from early times were physicians testifying as medical experts [3], due to the high status of medicine as a recognized scientific field [4]. Legal sources trace back medical experts in Germany to the first half of the 7th century in the law code of the Alamanni written in Latin between 613 and 623 and known as Pactus legis Alamannorum [5]. The first section of the code starts with a mention of medical expertise, stating the equivalence of one expert witness and three lay witnesses [6]. Apart from serious offences and murders for which he would be called to investigate the case and help discover the author of the crime, the medical expert could be summoned to testify in courts for less serious cases, after performing an examination of the wounds on a victim. This examination became evidence in legal proceedings and his testimony was replacing two or three lay witnesses in cases where the victim was requesting a "wound fine" called Wundbuße from the supposed author of the wounds [7]. Following the Pactus, the next code of the Alamanni named Lex Alamannorum was written between 712 and 720 and stated in section 57 that

* Dr. Raluca Enescu, Guest Professor in Criminology and Forensic Science « Diversity of Knowledge » 2016/17, Humboldt University and Research Associate, Centre Marc Bloch, Berlin, Germany.

** Leonie Benker, Student Assistant, Institute for Social and Cultural Anthropology, Free University, Berlin, Germany.

1 Constitutio Criminalis Carolina § 67. Von gnugsamen gezeugknuß. Item so eyn missethat zum wenigsten mit zweyen oder dreien glaubhafftigem guten zeugen / die von eynem waren wissen sagen / bewiesen wirdt / darauff soll / nach gestalt der verhandlung mit peinlichem rechten volnfarn vnd geurtheylt werden.

2 WIGMORE, J. H., Required Numbers of Witnesses: A Brief History of the Numerical System in England. In: *Harvard Law Review*, vol. 15, Nr. 2, 1901, p. 83-108.

3 DIPPEL, K., *Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß: eine Studie unter besonderer Berücksichtigung der Zulässigkeit und der Folgen eigener Ermittlungen des Sachverständigen nach geltendem und künftigem Recht*. Heidelberg, 1986, p. 7.

4 PORTER, R., *The Greatest Benefit to Mankind: A Medical History of Humanity from Antiquity to the Present*. London, 1997.

5 SCHMIDT-WIEGAND, R., Alemannisch und Fränkisch in Pactus und Lex Alamannorum. In: SCHOTT, C. (Ed.), *Beiträge zum frühalemannischen Recht, Veröffentlichungen des Alemannischen Instituts*, vol. 42, Baden, 1978, p. 9-37.

6 Pactus legis Alamannorum § 2. Und wenn sie untereinander deswegen Streit haben, daß es keine so große Wunde sei, daß jener einen Arzt begehre, leiste der Arzt, falls er (da) ist, auf sein Eisengerät den Eid, oder es sind drei Zeugen zu finden, die aussagen.

7 SCHUMANN, E., De medicis et aegrotis - Arztrecht im Frühmittelalter. In: AHRENS, H.-J. (Ed.), *Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*. Berlin, 2009, p. 545-567.

a physician who lost pieces of evidence - bones - after an examination of wounds caused by an aggression could be replaced as a sufficient proof of the crime by two lay witnesses [8].

The underlying assumption of the legal equivalence between one expert and several lay witnesses is that science doesn't err, science doesn't lie as lay witnesses do. To compensate an intrinsic weakness of lay witnesses, more of them need to ascertain the veracity of a statement. In contrast to lay witnesses who deliver statements about their personal perceptions of facts or events, expert witnesses are summoned to provide courts with general information about a particular field of knowledge or, more often, to report their opinion about specific aspects of a case or pieces of evidence that require special expertise to be interpreted or assessed [9]. Experts are expected to offer objective statements independent from their personal opinions about the matter at hand while lay witnesses transfer their subjective perceptions and opinions [10]. We will see later in the conclusion that this reassuring distinction did not withstand the test of time and of especially of wrongful convictions based on expert evidence.

During the second half of the 19th century, experimental psychologists dealt extensively with the study of memory. The most significant contribution was a study of Ebbinghaus in 1885 showing how memory could make mistakes in the recollection of simple words [11]. Psychology and psychologists became quickly obsessed with lay witnesses, whose memory was responsible for their deposition. This tendency was at the same time serving the academic recognition of their discipline [12]. The psychology of witnesses emerged shortly after and a new journal was even created in 1903: *Beiträge zur Psychologie der Aussage* ["Contributions to the Psychology of Testimonies"].

Witnesses who testified correctly were not anymore the norm, but became a random exception. Until then, people shared the common belief that two categories of witnesses existed: the good ones, willing to tell the court what they knew, and the bad ones, withholding information. This dichotomy disappeared after the results of experiments on memory: even good witnesses could provide a wrong testimony [13]. Despite their good will to tell the truth, witnesses became unreliable. How could the criminal justice system function in the absence of a reliable source of information? Witnesses had to be replaced by a new source of evidence. This is the fertile ground on which took place the evidential shift at the end of the 19th century.

Trace analysis developed rapidly and beside medical experts, a new category of expert witnesses took advantage of the vacuum left by lay witnesses by underlining the objective character of their methods. There was no memory involved, only results based on techniques presented as scientific and therefore reliable. Their testimony used measurements and detailed descriptions, far away from the subjectivity of an ordinary witness. The ghost of wrongful convictions was put aside for decades, after the initial shock of unreliable memories. Expert witnesses were attracting the prior trust in two or three lay witnesses, which served to promote their new discipline called criminalistics, later known as forensic science [14]. In his famous book of 1920 ambitiously entitled *L'Enquęte Criminelle et les Méthodes Scientifiques* ["The Criminal Investigation and its Scientific Methods"], Edmond Locard wrote straightforward that lay witnesses had to be replaced by material evidence. Whereas the intention was certainly good, the downside of such a fast development was that these methods were not appropriately tested and could lead to wrongful convictions.

While the intervention of experts in criminal justice took place much earlier than the 19th century, the scientific study of crime first known as criminalistics became a discipline in the favorable environment of the late 19th century that saw the discredit of lay witnesses and the emergence of new techniques to investigate crimes [15]. The word Kriminalistik had been proposed in 1893 by the Austrian legal specialist Hans Gross in his book dealing with investigation for magistrates, police officers and lawyers [16]. Shortly after, Rodolphe Archibald Reiss, a German citizen who earned his PhD in chemistry in Switzerland, successfully developed the area of photography for crime solving purposes, and established in 1909 the Institute of Scientific Police at the University of Lausanne, which offered for the first time in the history of science an academic program in criminalistics [17].

For proponents of the scientific study of crime and potential expert witnesses, traces represented crucial elements to discover and analyze, and photographs of the crime scene constituted the most important procedure in an investigation [18]. There is

[8] Lex Alamannorum § 57. Wenn aber der Arzt diesen Knochen verliert und ihn nicht vorweisen kann, dann bringe er zwei Zeugen bei, die das gesehen haben, daß er aus jener Wunde einen Knochen gerissen habe, oder jener Arzt beweise das, daß es wahr sei, daß er aus dieser Wunde einen Knochen gerissen habe.

[9] EISENBERG, U., *Persönliche Beweismittel in der StPO: eine kommentierende Erläuterung der Vorschriften zum Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen*. Munich, 1993, p. 1000-1009.

[10] BLAU, G., Der befangene Sachverständige im Strafprozeß. In: Schütz, H., Kaatsch, H.-J., Thomsen, H. (Eds.), *Medizinrecht, Psychopathologie, Rechtsmedizin: Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin, Festschrift für Günter Schewe*. Berlin, 1991, p. 10-22.

[11] EBBINGHAUS, H., *Über das Gedächtnis: Untersuchungen zur experimentellen Psychologie*. Leipzig, 1885.

[12] MANDLER, G., *A History of Modern Experimental Psychology: From James and Wundt to Cognitive Science.* Cambridge, MA, 2007.

[13] GERVER, I., The Social Psychology of Witness Behavior with Special Reference to the Criminal Courts. In: *Journal of Social Issues*, vol. 13, Nr. 2, 1957, p. 23. 29.

[14] QUINCHE, N., *Sur les Traces du Crime: De la Naissance du Regard Indicial ŕ l'Institutionnalisation de la Police Scientifique et Technique en Suisse et en France*. Genčve, 2011.

[15] CRISPINO, F., RIBAUX, O., HOUCK, M. & MARGOT, P., Forensic Science - A True Science? In: *Australian Journal of Forensic Sciences*, vol. 43, Nr. 2, 2011, p. 157-176.

[16] GROSS, H., *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*. Graz, 1893.

[17] QUINCHE, N., L'Ascension du Criminaliste Rodolphe Archibald Reiss. In: *Le Théâtre du Crime: Rodolphe A. Reiss (1875-1929)*. Lausanne, 2009, p. 231-250.

[18] REISS, R. A., *La Photographie Judiciaire*. Paris 1903.

indeed a continuum applied to a trace, which goes from the material element to the explanation of the circumstances leading to its presence. The trace becomes an information about what occurred, it does not constitute such an information from the beginning of its appearance. When it reaches this last stage, it may be considered in a trial as a forensic piece of evidence with a specific probative value. From its discovery until its usage as evidence in a trial, the trace follows a process that makes it gain a probative value, meaning a value to prove in a legal sense that someone did something[19]. The logical mechanism that builds a piece of evidence starts from the trace and ends at its most probable explanation. This is called abduction, a term developed by Charles Sanders Pierce, an American philosopher from the 19th century, who first introduced the term as "guessing". Abductive reasoning tries to find for an observation its most likely explanation and therefore, unlike in deductive reasoning, abductive conclusions will always contain a degree of uncertainty[20].

Due to the above mentioned scientific and technical developments during the course of the 19th century, new laws addressing expert testimonies emerged in the Code of Criminal Procedure of 1879. Furthermore the concept of sufficient proof delivered by two or three lay witnesses disappeared and the court's free evaluation of evidence was introduced, which was considered rightly as a milestone in the German criminal law[21]. The seventh section contained articles dedicated solely to expert witnesses, clearly separated from the articles concerning lay witnesses in the sixth section[22]. This development mirrored the newly acquired importance of experts in legal proceedings. Experts were understood in a wide sense, not only technical or scientific, and could for example also mean a craftsman or a business man whose knowledge was relevant to a criminal case. Therefore the articles of the seventh section addressed their testimony in courts without naming or restricting the type of specialist knowledge.

The function of expert witnesses to lend the court their specialist knowledge in cases where the court's own expertise was not sufficient led to the expert being referred to as *Richtergehilfe*, translated by assistant of the judge[23]. This expression used until nowadays in the jurisprudence and in judgments hints that it exclusively lies within the competence of the judge to make a decision and that the task of the expert is limited to his role as a means of evidence in the same way as other pieces of evidence and lay witnesses[24]. At the same time it differs from lay witnesses who are not referred to with this term. This difference shows a superior probative value granted to experts than to lay witnesses, which reminds of the equivalence during the Early Middle Ages between one expert and two or three lay witnesses.

Over the course of the second half of the 20th century, many legal scholars have raised concerns that the influence of the expert witness is constantly increasing due to the ever expanding body of scientific knowledge and the growing number of highly specialized fields of knowledge, like fingerprints, glass, paint, fibers, skin, hair, blood, weapons, to name only a few. They argue that this development has led to a shift of the expert's position from a mere assistant of the judge - already superior to a lay witness - to a position that is much closer to the decision-making function of the judge himself. In certain trials the judge will not even be able to completely understand and thus verify the expert's statement[25]. In such cases the judge's decision strongly depends on the expert's opinion and consequently the balance of power between both actors is shifted.

The privileged treatment of medical experts counting for two or three lay witnesses since the 7th century forecasted the major influence of experts who appeared at the end of the 19th century. While their influence has been clearly stated from the beginning of their use by courts – not to substitute for the judge, i.e. not to express or decide if the defendant is innocent or guilty – judges could be a tempted to determine a case mainly by means of expert witnesses. Legal scholar and judge Karlhans Dippel has regretted the lack of extensive research about the history of expert witnesses as a means of evidence in court proceedings[26]. To help fill this gap, this paper contributes to the small existing body of literature[27] by focusing on expert evidence in the judgments of the Imperial Court of Justice.

2. Judgments of the Imperial Court of Justice involving expert witnesses

The Imperial Court of Justice was the supreme criminal and civil court of the German Empire. During the first period of activity of the court from 1879 to 1914[28], twenty-one judgments involved expert witnesses. Three cases are presented here because they represented guideline decisions, meaning

[19] HAACK, S., Of Truth, in Science and in Law. In: *Brooklyn Law Review*, vol. 73, Nr. 3, 2008, p. 985-1008.
[20] ANDERSON, T., SCHUM, D. & TWINING, W., *Analysis of Evidence*. Cambridge, 2005.
[21] BLOEMBERG, R., The Development of the German Criminal Law of Evidence between 1750 and 1870: from the System of Legal Proofs to the freie Beweiswürdigung – Part 1. In: *Journal on European History of Law*, vol. 9, Nr. 1, 2018, p. 2-24.
[22] Reichsstrafprozessordnung, RStPO [Code of Criminal Procedure of the German Empire], 1879.
[23] DIPPEL, *Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß*, p. 19-24.
[24] FRIELING, G., ULRICH, J. & JESSNITZER, K., *Der gerichtliche Sachverständige: ein Handbuch für die Praxis*. 10. Auflage. Cologne, 1992, par. 242.
[25] ERB, V., Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 121, Nr. 4, 2009, p. 882-918; DETTER, K., Der Sachverständige im Strafverfahren - eine Bestandsaufnahme. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 2, 1998, p. 57- 61.; KRAUSS, D., Richter und Sachverständiger im Strafverfahren. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 85, Nr. 2, 1973, p. 320-359.
[26] DIPPEL, *Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß*, p. 5.
[27] See, for example, FRANCK, L., *Juristen und Sachverständige: der Diskurs um die rechtliche Ausgestaltung des Verfahrens mit Sachverständigen während der Zeit des Deutschen Reiches*. Baden-Baden, 2013; GREVE, Y., Richter und Sachverständige: Der Kompetenzstreit über die Beurteilung der Unzurechnungsfähigkeit im Strafprozeß des 19. Jahrhunderts. In: BERDING, H. (Ed.), *Kriminalität und abweichendes Verhalten: Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert*. Göttingen, 1999, p. 71-104.
[28] MÜLLER, K., *Der Hüter des Rechts. Die Stellung des Reichsgerichts im Deutschen Kaiserreich 1879-1918*. Baden-Baden, 1997.

that the court's decision regarding a specific aspect of the judgment constituted a guiding principle for future decisions. These cases were referred to the court after an appeal by the defense. The Imperial Court of Justice formulated guiding questions as headlines to the summary of the judgment. The judgments addressed only these questions, and left out information not relevant in this respect.

The expert witnesses involved in two judgments were physicians, while a third judgment concerned expert witnesses in general. In the eighteen cases that were not guideline decisions, various expert witnesses were consulted: a railway inspector, a chemist, a merchant/businessman, a tax official, an administrator, a psychologist, a psychiatrist, a handwriting expert, an accountant and a photographer. The diversity of experts shows not only the development of technical and scientific fields but also that many forms of specialist knowledge were now recognized by courts. Our guideline decisions address therefore the oldest and most prominent type of expert witness, physicians, or expert witnesses without specifying their specialist knowledge, which could also be medicine. This observation shows that the court did not venture to address the different types of experts who appeared in the majority of trials, but chose to regulate expert witnesses by focusing on the oldest and most recognized field of knowledge.

2.1 An expert witness being questioned in the presence of another expert

The first guideline judgment was delivered on the 8th of May 1880. The question of interest for lay and expert testimonies asked if expert witnesses should be questioned individually and in the absence from other expert witnesses that should be heard later, as it is the case for lay witnesses[29].

Two defendants, a woman and her father, were accused of killing her illegitimate child. The father had been convicted of manslaughter and his daughter of aiding and abetting her father as well as manslaughter. Both defendants appealed their conviction for different and separate reasons: the woman on grounds of a change in her indictment and her father due to the experts in medicine who testified at his trial. His appeal alleged that the two physicians who testified as expert witnesses in the main hearing had been sworn in together and not separately. Furthermore, one physician had been questioned in the presence of the other. According to the defense both of these occurrences were not in accordance with the law and constituted grounds for appeal.

The court rejected the first complaint of the appeal and stated that the protocol of the main hearing did not show clearly that the two physicians had been sworn in together. The protocol should have mentioned the occurrence of the two expert witnesses being sworn in together. This was a necessary formal precondition for an appeal on such grounds that was not fulfilled here. This fact in itself was already enough to reject this complaint, because according to § 274 of the Code of Criminal Procedure the protocol is the only means of evidence in regard to the observation of compliance with the formalities of the main hearing. Nevertheless, even if the protocol would mention that the two physicians were sworn in together, this would still not constitute reasonable grounds for appeal, because in this case it would not be clear how the decision of the court would have depended upon this violation of the law.

In respect to the second complaint the court rejected the appeal as well but acknowledged that the questioning of one expert witness in the presence of another might indeed seem in conflict with the law. The first article of the section on expert witnesses - § 72 RStPO - stipulated that all provisions pertaining to witnesses were applicable to expert witnesses as well, as long as there was no other regulation in the following paragraphs. This article can still be found nowadays in the modern German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung, StPO)[30]. Since the question of whether expert witnesses needed to be questioned separately or not was not specifically regulated in an article concerning experts, § 58 of the lay witness section should be applied. This paragraph clearly prohibited the questioning of one witness in the presence of another.

The judges of the Imperial Court claimed however that in regard to this specific issue the law was not explicit enough and that § 58 for lay witnesses should not be applicable to expert witnesses. The court admitted that the provisions of the written law suggested that expert witnesses should be questioned separately. Nevertheless the logic of the law, meaning the benefit that in many cases logically arose from questioning several expert witnesses concurrently or in the presence of each other, overrode the written law. In fact, the judges stated that the concurrent questioning of expert witnesses or the questioning of one in the presence of another could be beneficial to the process of truth-finding and to the aim of throwing light on a specific matter. This argument clearly emphasized the objectivity of experts and their ability to deliver correct and inalterable statements under any circumstances, unlike lay witnesses. Due to the fact that the judge remained responsible for choosing the expert witnesses (§ 73 RStPO) and that the prosecution and the defense could file motions to reject them (§ 74 RStPO), the risk of one expert not being independent from another would be unsubstantiated (unlike in respect to ordinary witnesses). For the Imperial Court of Justice, lay witnesses were expected to be more often and easily unreliable than expert witnesses, who were considered to be able to remain objective despite being questioned at the same time as their colleague.

2.2 Of the necessity to consult an expert witness

The second guideline judgment was tried less than a year later on the 5th of January 1881. The judges had to answer to the question about themselves and determine if they were obliged to summon and hear expert witnesses in relation to technical questions[31].

[29] RG 08. 05. 1880 – 1099/80. Original question: Müssen Sachverständige ebenso wie Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden vernommen werden?

[30] StPO § 72. Application of Provisions Concerning Witnesses. Section 6 concerning witnesses shall apply *mutatis mutandis* to experts, except as otherwise provided by the following sections.

[31] RG 05. 01. 1881 – 3137/80. Original question: Hat der Richter in Bezug auf technische Fragen Sachverständige zuzuziehen und zu hören?

The defendant had been convicted of usury through exploitation of the inexperience of another. The victim and debtor, whose inexperience had been exploited, could not be identified and thus did not take part in the proceedings. The defense appealed the conviction and claimed that "inexperience" was a mental characteristic that could only be established through a questioning of the debtor by a judge or an expert witness, showing the proximity of these two figures regarding the decision-making.

The Imperial Court rejected the appeal, stating that the law did not require a personal questioning to establish a specific element of the offense. Also, the necessity to consult an expert witness only arose in cases of autopsies and of suspected poisoning (§ 87 and § 91 RStPO), both related to medical experts. In all other instances, even if specialist knowledge was required, the court was not obliged to consult and hear an expert. Furthermore, the expert's report did not possess legally binding force, so even if an expert was consulted the court was not required to base its judgment on his report. Instead, the court was supposed to form its own opinion and arrive at its own conclusion. This argument clarified the competence of the court as stated in § 260 RStPO and implicitly referred to the principle of free evaluation of evidence by the judge. The Imperial Court clearly stated the independency of the court from any other opinion, even of an expert witness. In theory expert witnesses did not benefit from a privileged influence on the verdict.

The court concluded that this specific case did not require specialist knowledge, since "inexperience" could here clearly be defined as a lack of understanding of a business deal and its scope as well as generally lacking business knowledge. In specific instances not only an expert with specialist knowledge, but anybody who actually understood the scope of the business deal would be able to deduce such a lack of understanding in another person. The court argued that such specific instances did exist in this case and thus the court could substantiate its conviction that the victim was "inexperienced".

2.3 An expert witness to assess the mental state of the defendant

The third guideline judgment was tried on the 2nd November 1896. The question to be answered was if the judge could refuse a request of the defendant to hear persons as lay witnesses testifying about his earlier behavior, if the expert witness who should be heard previously about his mental state described the questioning of persons regarding the behavior of the defendant at that time as unnecessary for his report [32].

The defendant, whose crime is not specified, appealed his conviction because his motion for a renewed summoning and questioning of Dr. B., his family doctor, had been refused by the previous court without justification. According to the protocol of the main hearing, Dr. B. had been summoned a first time to testify but did not appear. Independently from the actions towards Dr. B., the previous court called an expert witness, a physician by the name of Dr. W., to report on the mental health condition of the defendant. Thereafter the defense filed a second motion to summon Dr. B., claiming that his testimony about the past mental state of the defendant would be of substantial importance for the report of the expert witness.

The Imperial Court rejected the motion of the defense because Dr. W. had stated in the meantime, between the first summoning of Dr. B. and his second summoning, that he did not require the testimony of Dr. B. for his report. Furthermore, the court stated that the testimonies of the lay witnesses so far questioned were sufficient to assess the mental health of the defendant and that Dr. B.'s testimony was therefore not necessary. The appeal of the defense asserted, however, that this rejection impaired the defense, because the testimony of Dr. B. was indispensable and could well have influenced the report of the expert witness. Surprisingly Dr. B. was not addressed as a second expert witness, being also a physician, but as a lay witness, who was moreover compared in the argumentation of the Imperial Court to the other lay witnesses heard during the trial. The defense argued that he could have influenced the report of the Dr. W., the physician called by the court and counting as expert witness, but Dr. B. wasn't summoned as a counter-expert witness possessing alternative specialist knowledge about the defendant's health state.

The court rejected the appeal and stated that the decision about whether or not the testimony of Dr. B. was indispensable for the report of the expert Dr. W. lay only in the hands of the expert himself. With this argument the responsibility of the court is limited to the choice of experts, as seen in the previous judgment, but not in their numbers. The rights of the defense to summon a lay witness or an expert testifying in opposition to the expert witness chosen by the court had therefore been restricted. If one expert was summoned and testified that he did not need another opinion, lay or expert, for his report, the court could not decide otherwise.

According § 79 RStPO regulating the oath of expert witnesses, the expert's duty was to report conscientiously on the defendant's mental health, based on his scientific knowledge and experience. He had to consider whether or not the testimony of Dr. B. would be of importance for his report. Since he concluded that Dr. B.'s testimony would be dispensable, the court did not act contrary to the law by refraining from summoning Dr. B. again. According to the Imperial Court of Justice, this is the reason why the rejection of the motion of the defense to summon him a second time did not constitute an impairment of the defense.

Furthermore, the judge had to form his own opinion about the past mental health of a defendant and should be free to decide which materials he needed and did not need for his evaluation. This argument reminds of the previous case stating that the court was not bound to the conclusion of the experts and

[32] RG 02. 11. 1896 – 2965/96. Original question: Darf der Richter in dem Falle, dass der Sachverständige, der über den geistigen Zustand des Angeklagten zu einem früheren Zeitpunkt gehört werden soll, die Vernehmung gewisser Personen über das Verhalten des Angeklagten zu jener Zeit als für sein Gutachten entbehrlich bezeichnet hat, den Antrag des Angeklagten, zunächste noch jene Personen als Zeugen für das früherer Verhalten des Angeklagten abzuhören, ablehnen?

was free to assess the evidence. It also reflects the recent change in the criminal law of evidence introduced in the Code of Criminal Procedure[33]. The judge himself, whose task is to investigate and decide independently, was in the position to determine freely what kind of documents and witness testimonies he required to come to a conclusion regarding the mental state of the defendant. The expert witness chosen by the court constituted a pillar of the conviction, since the previous court did not wish to summon Dr. B. who knew the defendant well and trusted fully its appointed physician. The previous decision, confirmed by the Imperial Court, followed the recommendation of the expert witness and it cannot be excluded that the perspective of adding a contradictory testimony by Dr. B. was fought against by the previous court as well as by the Imperial Court.

The arguments in this judgment clearly referred to the respective competence of the judge and of the expert witness. One could argue that these arguments are rooted in specific paragraphs, e.g. § 79, which stipulated that the expert needed to swear an oath to report his opinion "to the best of his knowledge and belief", or § 260, which contained the principle of free evaluation of evidence by the judge. Nevertheless the emphasis in this judgment does not lie on the exact content of the relevant paragraphs, but rather on a clarification of the respective competence of the judge and of the expert as well as on the elaboration of issues like the judge's own expertise.

3. Discussion

The Imperial Court of Justice was established in 1879, the same year the Imperial Justice Laws came into force, amongst them the new Code of Criminal Procedure[34]. Hence, it is only logical that in the early years after its establishment the court had its hands full with interpreting the contested aspects of the new laws. Aside from a few earlier judgments and the history of the making of the law, the court had no existing legal interpretations to draw on. Therefore it had to come up with its own interpretation that would be applied in courts across the whole German Empire[35].

Our three judgments clearly illustrate that the question of whether or not to consult an expert was in only very few cases clearly regulated by the written law. This fact was used by the Imperial Court of Justice to justify the decisions of the previous judges to consult or not to consult an expert. The judges of the previous courts had to decide whether the evaluation of a certain situation needed specialist knowledge or whether the judges themselves possessed enough knowledge to come to a well informed conclusion. The Imperial Court stressed as often as possible that even in cases where an expert witness was consulted his report had no binding force for the judge.

Contestations about the respective position and competence of the judge and the expert witness formed a line that runs through the judgments. Questions revolving around fundamental formal requirements - for example if, how and when the expert had to swear an oath, whether experts needed to testify separately - were central to all judgments. These questions were cleared easily and did not require further examination by the Imperial Court of Justice. Questions about competence, however, do not appear to have decreased over time. This interpretation is supported by the available secondary literature. The risk of experts prone to take the place of the judge is often discussed today amongst many legal scholars[36].

This risk and its associated fear date from the imperial period, as the article „Richter und Sachverständige: Der Kompetenzstreit über die Beurteilung der Unzurechnungsfähigkeit im Strafprozeß des 19. Jahrhunderts" by Ylva Greve and the study „Juristen und Sachverständige: der Diskurs um die rechtliche Ausgestaltung des Verfahrens mit Sachverständigen während der Zeit des Deutschen Reiches" by Lorenz Franck suggest[37]. The problem of judges lacking expertise in non-judicial fields of knowledge necessary for the evaluation of specific evidence and other issues pertaining to the position and competence of the expert witness in relation to the judge were already debated in the process of making the Imperial Justice Laws and still provoked controversy after these laws had come into force[38]. The judgments presented here clearly show that this concern that emerged in the process of the law-making had transferred to the questions answered by the Imperial Court via the appeals addressed by defense lawyers, who were very well informed of the crucial debate about the respective competence of experts and judges that overshadowed any question involving lay witnesses. They had indeed been put aside by the category of specialized witnesses and their new role of experts, about which all actors of the judicial field were eager to discuss in order to clarify the limits of their power.

One question that provoked different opinions was the question of whether or not the report of an expert should have binding force. Franck notes that most legal practitioners as well as legal scholars opposed vehemently a limitation of the newly established principle of the free evaluation of evidence by the judge in favor of a binding force of expert reports, because this would mean that the expert would gain influence in regard to the administration of justice, a competence exclusively reserved for the judge. On the side of the experts there was no such clear unity of opinion. Some argued that the necessity for the report's binding force was based on the fact that the judge himself would be the one requesting the expert's report, because he himself lacked the required expertise and would thus not be in

[33] BLOEMBERG, *The Development of the German Criminal Law of Evidence between 1750 and 1870.*
[34] LEDFORD, K., Lawyers, Liberalism, and Procedure: The German Imperial Justice Laws of 1877-79. In: *Central European History*, vol. 26, Nr. 2, 1993, p. 165-193.
[35] MÜLLER, K., *Der Hüter des Rechts. Die Stellung des Reichsgerichts im Deutschen Kaiserreich 1879-1918*.
[36] See, for example, ERB, *Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen*; DETTER, *Der Sachverständige im Strafverfahren*.
[37] FRANCK, *Juristen und Sachverständige*; GREVE, *Richter und Sachverständige*.
[38] FRANCK, *Juristen und Sachverständige*.

the position to come to a well informed conclusion on his own. The vast majority of experts, however, was in support of the principle of free evaluation of evidence by the judge and did not see the need for a binding force of their reports[39].

The free evaluation of evidence by judges is today a well established principle of law. However, the issue of the binding force of an expert's report in court is still discussed, only that it is now a concealed binding force that legal scholars worry about. Volker Erb talks about an "insurmountable lack of knowledge" by the judges that leads to their dependency from expert witnesses. According to Erb, there are cases where the judge will not be able to fully understand the expert's report, owing to the complexity and the extent of the matter at hand. Due to this "insurmountable lack of knowledge" the judge has no choice but to submit to the expert's opinion without being able to verify it[40]. This situation is similar to the one in which a lay witness states a fact that the judge cannot verify. But instead of speaking about knowledge and objectivity, as in the case of expert testimonies, lay witnesses are confronted with their subjectivity and lack of reliability. Because of the blind trust in specialized witnesses, part of the judicial decision-making is transferred to experts. This is not only in contradiction with the principle of free evaluation of evidence by the judge, but also with article 92 of the Basic Law, which stipulates that the judicial "power" lies within the hands of the judges[41].

In a judgment from the 26th April 1955 the Federal Court stated that the trial judge is required to come to his own conclusions even in matters that are difficult to understand[42]. To show that he understood the expert's report, the Federal Court decided a few years later that the trial judge at least needs to summarize the most important aspect of the report in his judgment[43]. Around the same time, however, the court had also implicitly admitted that in some instances an "insurmountable lack of knowledge" by the judge was indeed unavoidable, by stating that sometimes the judicial evaluation would be restricted to assessing the reputation and the knowledge of the expert in question in order to determine whether he can be trusted[44]. This situation reminds that the main characteristic of lay witnesses who were counting as sufficient proof of a crime was their credibility[45]. In the case of experts, the consequences of this "insurmountable lack of knowledge" worry many legal scholars who vigorously argue for the judge to take back his power. Many critics blame the judges themselves and claim that they too often bow to an expert's report in an act of a "self-deprivation of power" due to an "inferiority complex" vis-à-vis science[46].

Another issue regarding the question of competence is the selection of the expert witness. According to § 73 RStPO, which is still valid in the modern Code of Criminal Law, the choice of experts and their number were the duty of a judge[47]. § 74 RStPO also remained valid until today and stipulated, however, that the other involved parties in the court proceedings could file a motion to reject an expert on the same grounds as a judge could be rejected[48]. Erb suggests that the formulation of § 74 shows the special position of expert witnesses in relation to the judge. His comment can be directly applied to the paragraphs of the RStPO, since they did not change until nowadays. He underlines the power of experts who are not considered to be positioned in the criminal justice system at the same level as any other piece of evidence, including of course lay witnesses, and the risk that this special position entails[49]: "If the Code of Criminal Procedure does not ascribe a judge-like role to the expert, but only the role of a piece of evidence, then the formal reference to the institution of the rejection of judges already appears to be strange. This regulation would, furthermore, be unnecessary, if the law would in reality fully trust the competence of the courts to subject expert reports to the same critical and independent evaluation as any other piece of evidence. In this case there would be no reason to prohibit the questioning of the biased expert in the respective court proceedings as well as to prohibit any form of utilization of his report in the decision-making process. […] From today's perspective there exists, in fact, only one plausible reason to deprive the court of its free evaluation of evidence in the case of the statement of an expert who has been successfully rejected – the fear that the judge would not be able to evade being influenced by a biased expert."

4. Conclusion

The Imperial Court of Justice was in 1879 a newly established institution that was tasked with making sure that the law was applied consistently and correctly across the recently unified German Empire[50]. The Code of Criminal Procedure, which was part of the Imperial Justice Laws, came into effect also in 1879 and thus one of the court's major tasks in the years after its establishment was to find convincing interpretations for those sections of the law in which the written words themselves did not provide answers to the questions raised by new challenges, like the emergence of expert witnesses and the decline

[39] FRANCK, *Juristen und Sachverständige,* p. 138-145.
[40] ERB, *Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen*, p. 883.
[41] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, GG [Basic Law of the Federal Republic of Germany] § 92. Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.
[42] Bundesgerichtshof, BGH [German Supreme court] 26. 04. 1955 - 5 StR 86/55.
[43] BGH 18. 12. 1958 - 4 StR 399/58.
[44] BGH 08. 03. 1955 - 5 StR 49/55.
[45] See note 1.
[46] DIPPEL, *Die Stellung der Sachverständigen im Strafprozeß*, p. 58.
[47] RStPO § 73. Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch den Richter.
[48] RStPO § 74. Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden.
[49] ERB, *Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen*, p. 886-887.
[50] LEDFORD, *Lawyers, Liberalism, and Procedure: The German Imperial Justice Laws of 1877-79*.

of lay testimonies. After the Second World War the Imperial Court was dissolved and five years later the Federal Court of Justice was established. Today the judges of the Federal Court can, therefore, draw on previous judgments and legal commentaries dating back to 1950 as well as on a number of judgments of its predecessor, the Imperial Court of Justice. Formal questions about lay and expert witnesses have been answered but the issue of the influence of experts on the decision of the judge remains a hot topic in need of constant clarification.

One would assume that many, if not most of the questions revolving around the power balance between judges and experts, i.e. their respective competences, would be settled by now, but this is apparently not the case. Rather, it seems, as if the controversy around competence has increased. The available secondary literature suggests that worries and warnings of legal scholars and practitioners about the expanding influence and power of expert witnesses have become louder and louder over time. Since only a very small body of secondary literature concerning expert evidence during the imperial period exists, one can only make cautious statements about the intensity and importance of the debate about competence during the era of the German Empire. If and to what extent the influence of expert witnesses in court cases has actually increased over the years should be subject of further investigation. Nevertheless, it does not seem to be far fetched to conclude that the theoretical and practical distribution of competence between the expert witness and the judge was and still is the main point of contention in regard to the choice of a verdict.

In the same way as experimental psychologists undermined the credibility of lay witnesses during the second half of the 19th century, so did they also start to investigate the accuracy of experts in the last thirty years. We mentioned earlier that key studies on memory showed that even simple sequences of words could not be remembered correctly[51]. Lay witnesses could not be trusted anymore to deliver reliable statements to courts in need of sources of evidence. This critical situation opened the door to witnesses with specialist knowledge, expert witnesses, whose technical or scientific approach offered apparent objectivity. The temptation to secure new reliable means of evidence was indeed strong for the legal realm, unfortunately it proved once again to be a mirage.

Since 1989 a unique project of the Newkirk Center for Science & Society at the University of California Irvine, the University of Michigan Law School and the Michigan State University College of Law compiles data about individuals in the United States who were wrongfully convicted and later exonerated[52]. The possibility to use DNA sequences in order to identify individuals led not only to more exonerations but also to the unsettling discovery that 24% of wrongful convictions were based on the statement of expert witnesses called "false or misleading forensic evidence"[53]. Psychologists investigate once again the potential causes of mistaken expertise[54] and a recent guest professorship at the Humboldt University in Berlin addressed the topic of experts, the convergence of science and law, and wrongful convictions[55]. Last but not least, it is important to realize that the distinction between lay and expert witnesses is not crucial. Dismissing lay testimonies in favor, sometimes blindly, of expert witnesses can only lead to disastrous outcomes. The crucial point and the art of effective decision-making is to be able to choose the pieces of evidence on which to rely upon in a particular case, and this task is completely and solely the responsibility of the judge.

[51] EBBINGHAUS, *Über das Gedächtnis: Untersuchungen zur experimentellen Psychologie*.

[52] *The National Registry of Exonerations*, page visited on October 12, 2018, https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx.

[53] *Graph of exonerations by contributing factor* seen on October 12, 2018, https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx.

[54] DROR, I. E., Biases in forensic experts. In: *Science*, vol. 360, Issue 6386, 2018, p. 243.

[55] *Guest professorhip at the Humboldt University Berlin*, page visited on October 12, 2018, https://www.interdisciplinary-laboratory.hu-berlin.de/de/content/vielfalt-der-wissensformen-wintersemester-201617/.

Russian Law Faculty in Prague (1922–1935)

*Konstantin Krakovsky**

Abstract

The article is devoted to the little-known page of Russian post-revolutionary emigration - the creation and functioning for about fifteen years of the law faculty, founded by Russian professors of the law faculties of tsarist Russia who emigrated after the October Revolution of 1917, with the support of the government of Czechoslovakia. The article shows the main aspects of the activities of the Russian Law Faculty in Prague: organizational, educational, scientific, consultative public work, publications of its scientists, etc.

Keywords: *Prague; revolution; emigration; law faculty; legal science; law students.*

1. Introduction

The exodus of a considerable number of Russian scientists, including legal scholars, was, on the one hand, the result of the military failures of the White armies during the Civil War, and, on the other, clearly declared by the new Bolshevik power, the rejection of the old law, the legal institutions of the overthrown regime and, respectively, 'old legal education'.[1] The law faculties, according to the well-aimed expression of the writer *Dombrovsky, Y.* were regarded as 'faculties of unnecessary things'.[2]

Representatives of the legal intelligentsia, scientists, educators and practitioners (investigators, judges, prosecutors, lawyers, etc.) were clearly seen within the stream of mass outflow into emigration.[3] The emigrants' pessimism about the prospects of their homeland under Bolshevik power was obvious ('Russia is dead!'), which, however, was combined with the hopes for the short period of Bolsheviks' rule, and, therefore, hopes for soon return remained. Young people who found themselves in this 1.5-2 million wave of Russian post-revolutionary emigration, like any group of young people entering life, faced the problem of obtaining (or continuing the education interrupted by the Revolution and the Civil War). The answer to this challenge was the opening of about thirty Russian educational institutions abroad.[4]

One of the centers of concentration of Russian emigration was the capital of the Czechoslovak Republic - Prague. According to *Alekseev, N. N.*, who became the secretary of the Russian Law Faculty in Prague (RLF): 'Prague was the intellectual center of Russian dissipation, in other words, the toffs of the Russian anti-Bolshevik emigration, both political and academic…'[5]

In the summer of 1921 the government of the Czechoslovak Republic, being friendly to the Russian emigres, began a big campaign of helping Russian emigrants (the 'Russian Action'[6]). It is important to note that by investing large sums in the action (the government of Czechoslovakia invested in the action more than all the other European states together), it did not pursue any selfish goals, which quite often stand behind big political actions, but quite sincerely sought, according to the words of the President of the Czechoslovak Republic Tomasz Masaryk, 'to collect, preserve and support the remaining part of

* Konstantin Krakovsky, Dr. Sci. (Law), Professor of the Chair of State Studies of the Institute of Public Administration and Civil Service, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Moscow, Rusia.

1 See: *Russians in Prague. 1918-19.* Prague, 1928, p. 83-89; SABENNIKOVA, I. V., The Geography of Social Thought of Russian Abroad. In: *Social Thought of Russian Abroad: Encyclopedia* / executive editor – ZHURAVLEV, V. V. Moscow: ROSSPEN, 2009, p. 12.

2 DOMBROVSKY, Y., *Faculty of unnecessary things.* Novel. M, Hudozhestvennaya literatura, 1989.

3 See: STARODUBTSEV, G. S., *International legal science of Russian emigration (1918-1939).* M., 2000, p. 36 et seq.

4 The list of Russian universities abroad is given in the article by GANIN, V. V., Professorship and students of the Russian law faculty in Prague (1922-1930-ies)/ In: *Juridicheskoe obrazovanie i nauka*. 2005. Nr. 3, p. 42.

5 ALEKSEEV, N. N., From Tsargrad to Prague. Russian law faculty. In: PASHUTO, V. T., *Russian historians-emigrants in Europe*. M.: Nauka, 1991, p. 210.

6 For more details see: BUREGA, V. V., *State and Orthodox Church in Czechoslovakia: 1918-1938.* Dissertation of Cand. Sci. (History). M., 2009, p. 183-184; PROTASOVA, E. Y., *Russian emigration in Czechoslovakia 1920-1930 s in the assessments of modern Russian historiography*. Dissertation of Cand. Sci. (History). Voronezh, 2012, p. 69 and next; GALAS, M. L., *Adaptation of Russian emigrants, refugees in Western countries, returnees in the RSFSR (USSR) in the 1920-1940-ies.* Dissertation of Cand. Sci. (History). M., 2012, p. 372; SHCHUPLENKOV, O. V., *Preservation and formation of national and cultural identity among the youth of the Russian abroad in the 1920s-1930s.* Dissertation of Cand. Sci. (History). Tambov, 2010, p. 159 et seq.

the cultural forces of Russia'.[7] In the framework of the 'Russian Action' Russian students who had not completed their studies in Russia and found themselves in emigration were given such opportunity in Czechoslovakia. Professors were provided with accommodation in Prague; they received scholarship and, thus, could continue their pedagogical and scientific work.

The emigrant newspapers enthusiastically welcomed the 'Russian action' of the Czech authorities. For example, the Belgrade newspaper *Novoye Vremya* wrote on September 27, 1921: 'Students are coming to Prague to study. Thanks God! The Russian heart is happy and rejoicing: the literate, cultural Russia, future Russia, young Russia suffered huge losses during the war… And future Russia needs literate people'.[8]

2. Creation of the Russian Law Faculty in Prague. Lecturers.

The reasons that forced the Russian professors to set up a law faculty abroad, in our opinion, quite reasonable from our point of view, were that after 1917 normal legal training stopped in Soviet Russia,[9] and the need for skilled lawyers for work in Russia and national nature of legal science did not allow to completely replace Russian legal education by training at law faculties of foreign universities.[10] Such interpretation of the issue, of course, deprived the faculty of the opportunity to issue diplomas that could be recognized outside of Russia.[11] But, the 'fathers of the faculty' believed that the results of their work would be in demand in the near future in Russia. At that time, it still seemed that the Russian revolutionary storm would soon end and give way to a tranquil course of life, in which great need for well-trained lawyers would appear.[12]

We found an anonymous note in the State Archives of the Russian Federation about the establishment of the law faculty, dated March 13, 1922. The author (we assume that it was *Novgorodtsev, P. I.*) wrote that if it had been possible to establish a law faculty in Czechoslovakia, it would have been be the only Russian law school in the world at that time; and it would have been be such a great merit for the Russian people and Russian enlightenment, for which Russia would have to thank the Czechoslovak Republic more than for everything that had already been done in this field. The author insisted on the national character of the legal education, believing therefore that Russian young emigrants needed to be taught Russian law, and in Germany and other European countries they did not receive the right thing. The author also raised the question of the legal status of the university: 'Private and free courses will not have authority among the students. It is necessary for the faculty to be the state one and it can be added into the University of Bratislava, or to introduce additional 'Russian subjects' at the law faculty of this university'.[13] However, Prague finally won the 'dispute' concerning the Russian Law Faculty.

A peculiar forerunner of the Russian law faculty was the humanitarian Department of higher Russian additional courses, which were organized for Russian students of Charles University in Prague.[14]

'Confessarius' and soul-inspirer of the faculty was an outstanding Russian scientist-lawyer, philosopher of law, founder of the doctrine of 'revival of natural law' – *Novgorodtsev, P. I.*[15] On the occasion of the opening of the faculty, he repeatedly met with representatives of the Ministry of foreign Affairs and the Ministry of education of Czechoslovakia, and everywhere the idea of creating the faculty met with sympathy.[16] And, nevertheless, according to one of the Czech professors, *Novgorodtsev, P. I.* admitted that 'the creation of the Russian law faculty was a miracle'.

The Russian law faculty was established with the permission of these two ministries of the Czechoslovak Republic, by the Board of the Union of Russian academic organizations abroad on the Basis of the General Charter *(Ustav)* of Russian univer-

[7] Citation: SOLOVIEV, A. V., SYTIN, A. G., Novgorodtsev, P. I. and the Russian law faculty in Prague. In: *Philosophija politiki i prava*. 2016. Nr. 7, p. 352. However, there is another version of such generosity and charity of the Czechoslovak government, expressed by *Alexeyev, N. N.* In the hands of the Czechoslovak corps, which appeared in Russia as a result of the capture on the fronts of the World war, got part of the gold reserve (railcar of gold) of the Russian Treasury. The Czechs took the gold and other property, returning home through Vladivostok. Thus, the President of the country Masaryk, being an honest and decent person, felt a moral obligation towards the Russians to somehow repay their Russian debt. ALEKSEEV, N. N., The above source: p. 211-212. The same version was followed by the historian *Pushkarev, S. G.*

[8] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 15. Sheet 195.

[9] Indeed, shortly after the Bolshevik revolution, the law faculties of universities were closed. They were replaced by the faculties of Social Sciences – class forge of socialist personnel for the state apparatus.

[10] As *Lomshakov, A. S.* underscored at the opening ceremony of The Russian law faculty 'legal science is only in part international, in its main part it is national, and thus, stay and study at law faculties of other countries… can only fill and expand horizons, but canNr.t replace… the former teaching at Russian law faculties'. See: Report on the status and activities of the Russian law faculty in Prague for the 1926-1927 academic year. Prague, 1927, p. 8.

[11] SAVITSKY, I., *Prague and foreign Russia. (Essays on the history of Russian emigration in 1918-1938).* Prague, 2002, p. 133.

[12] NOVIKOV, M., Russian emigrants in Prague. In: *Novy Zhurnal (New York)*. 1957. Book XLIX, p. 247.

[13] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5675. Inventory 1. Case 1. Sheet 14-18.

[14] For more details see: KOVALEV, M. V., *Russian emigrant historians in Prague (1920-1940).* Saratov, 2012, p. 189.

[15] About him. See: MEDUSHEVSKY, A. N., *Dialogue with time: Russian constitutionalists of the late XIX-early XX centuries:* Noviy chronograph, 2010, p. 168-199.

[16] On the work on the creation of the Russian law faculty see more.: STARODUBTSEV, G. S., The above source: p. 68-70.

sities of August 23, 1884 (with changes to Oct. 1917). The principle of 'full freedom of faculty in the sense of internal and educational organization' was put in the basis of activity of the Russian law faculty.[17] The opening of the faculty took place on 18 may 1922.[18]

The journal *'Studencheskie gody'* posted a report on the opening of the Russian law faculty.[19] In the large hall of Charles University (Mathematics Faculty) there was a solemn act. Professor *Lomshakov, A. S.*, Chairman of the Union of Russian academic organizations abroad, announced the opening of the Russian law faculty. In his welcoming speech, he said, in particular: 'the teaching of law is completely discontinued in Soviet Russia, law faculties are closed and former students of these faculties, who have remained in Russia, do not have the opportunity to continue their legal education. The termination of teaching at law faculties in Russia interrupted the training of persons with legal education, who had to bring to the country the ideas of law and justice, establish and strengthen their traditions and preserve them from attacks and from any arbitrariness." He stressed that with the opening of the Russian law faculty 'interrupted Russian legal education takes its first step to its recovery'.[20]

Then there was a report of the Secretary of the faculty Professor *Alekseev, N.*, who explained that the Russian law faculty had the status of a private University, and said that the faculty members were: 6 people of St. Petersburg University, 4 people of Moscow University, 3 people of Kharkov University, 2 people of Kiev University and one professor of Rostov-on-Don *(Donskoy)* University.

In his introductory speech at the opening of the faculty *Novgorodtsev, P. I.* outlined the tasks of this unusual, we can say, a unique educational institution: the study of the history of Russian law, the comparison of its foundations with foreign models, the education of legal thought for new creativity and creation on the native Russian soil.[21] Many recruits of the faculty were touched by the heart-stirring words from his speech: 'Establishing our faculty, we firmly believe that the time is approaching when Russia with spontaneous and unstoppable force will turn to the legal principles, when, exhausted and suffering, it will come to the need to build its state and public life on strict and precise principles of law. We want our young people, these future builders of Russia, to grasp the idea that among the thousands of paths destroyed and abandoned in the devastated Russia, it must first be restored… the path of law, the path of peaceful development on the principles of freedom, law and justice'.[22]

But he also noted obvious problems: 'the soil was torn out from under the feet of the lecturers - there was no subject of study (the current law); the old law rejected, and the new one was not created (*Novgorodtsev, P. I.* did not recognize the Soviet law; this, he thought, is more a hint of law and order, and not a firm foundation, especially in the sphere of private relations - everything is 'in a melted, chaotic state'). In this regard, *Novgorodtsev, P. I.* saw the task of lawyers to carefully study the history of their law, comparing its foundations with foreign models, deepening its capabilities and prospects, to educate legal thought to new creativity and creation on the native Russian soil. Hence, the emphasis should be on the historical, philosophical and economic aspects of teaching.

On July 7, 1922, the academic Senate of Charles University unanimously decided to adopt a protectorate over the young faculty.[23] The Academic Senate expressed the wish that the Russian law faculty would have a charitable influence on the education of young Russian lawyers in the traditions of the Slavic spirit, that he would bring up the guardians of legislation and law in them, and that its alumnus would become the builders of the new Russia.[24] However, it should be noted that this protectorate did not promise any benefits and advantages to the graduates of the faculty, but, in particular, it was expressed in the provision of classrooms for Russian law students in the University building. According to the organizational and legal form, the Russian law faculty was a private University and could not count on state support.

The faculty quickly gained fame in the wide circles of Russian emigrants. In October 1922, Professor *Makletsov, A. V.* was given a speaker's stand at the Russian lawyers Congress in Berlin for a report on the Russian law faculty in Prague.[25]

As noted, the founder and first Dean was *Novgorodtsev, P. I.* (died April 23, 1924 after a serious illness). Former rector of Petrograd University, Professor of Roman law – *Grimm, D.*

[17] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 4. Sheet 42.

[18] In connection with the opening of The Russian law faculty in Prague, he received many welcome letters and telegrams from foreign universities, societies, Russian emigrant organizations, individual scientists, etc. See: State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 1. Sheet 43, 44, 57 etc.

[19] In: *Studencheskie gody*. 1922. Nr. 1, p. 23-25.

[20] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 3. Case 88. Sheet 3-3.

[21] Speech of Novgorodtsev, P. I. at the opening of The Russian law faculty in Prague (May 18, 1922). In: State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 3. Case 88. Sheet 4.

[22] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 1. Sheet 116-118. Report on the status and activities of The Russian faculty of law in Prague for the 1926-1927 academic year. Prague, 1927, p. 9.

[23] Report on the status and activities of The Russian law faculty in Prague for the 1926-1927 academic year. Prague, 1927, p. 12. See also: KOVALEVSKY, P. *E., Foreign Russia.* Paris, 1971, p. 97.

[24] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 15. Sheet 40-72.

[25] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5890. Inventory 2. Case 20. Sheet 127-136.

D. (elected three times: 1924-1927) was elected as his successor/[26] On the occasion of the second anniversary of the Russian law faculty, *Grimm, D. D.* made a speech on May 18, 1924, in which, as if developing thoughts from the speech of his predecessor as the Dean, in a broader format outlined the historical mission of his institution. In particular, he noted: 'The Russian law faculty in Prague, built in organizational terms and in relation to the formulation of teaching on the model of the former glorious Russian law faculties, is currently the only higher education institution in which our Russian students have the opportunity to receive a full and complete legal education and get acquainted with the elements of our national law, how they historically had formed and operated until the time when the Bolshevik stream together with other elements of Russian material and spiritual culture destroyed all the foundations of Russian national law, Russian legislation, rich Russian jurisprudence and the relationship with the Russian legal science; Bolsheviks hoisted on the formed empty space the banner of class rights, the class legislation and the class court of law. Neither our conscience, our sense of justice, nor our political mind can accept this. Our task – I will say more, our sacred duty – to restore the broken thread of continuity in the Russian legislation, judicial practice and the science of law, to identify the historical foundations, the general structure and healthy trends of our national law, to point out, along with the inevitable mistakes of the past, the vital, national and state value that it contained, to emphasize, where necessary, the pernicious importance of anti-national, anti-cultural, destructive tendencies of the Communist order of things now prevailing in Soviet Russia, and thereby to participate in the creation of a solid foundation for the cohesion of the historical past with the future law and order of revived Russia that thrown off the shackles of the Bolshevik yoke».[27]

After the departure of *Grimm, D. D.* in Tartu, the former rector of the University of Kiev *Spectorsky, E. V.* was elected the Dean (1927, but at the end of the same year he moved to Belgrade), and after him - his colleague at the University of Warsaw, *Vilkov, A. A.* (from 1928), who, by the will of fate, was the last Dean of the Russian law faculty[28].

In 1922 representatives of all Russian universities gathered in Prague. As the historian *Pushkarev, S. G.* bitterly joked, 'in the same year *Lenin, V. I.* sent us great reinforcement. He expelled from Russia about 200 professors, associate professors, writers and publicists, whom he did not hope to turn into preachers of Marxism-Leninism'[29].

Among the lecturers of the first composition of the Russian law faculty, the following scientists should be named: *Novgorodtsev, P. I.* (former Professor of Petrograd University, philosophy of law); *Alekseyev, N. N.* (former Professor of Tavrichesky University, and from spring 1917 - extraordinary professor of Moscow State University); *Vilkov, A. A.* (former associate Professor of the University of Warsaw and Professor of Rostov-on-Don University in Rostov-on-Don); *Georgievsky, P.* (the former honored Professor of Petrograd University, doctor of political economy); *Gogel, S. K.* (former freelance university lecturer of Petrograd University, later Professor of Kiev commercial Institute); *Grimm, D. D.* (former honored Professor of Petrograd University, doctor of Roman law); *Zavadsky, S. V.* (former Senator and Professor of the Alexander Lyceum in St. Petersburg); *Katkov, M.* (former Professor of Kiev University, doctor of Roman law); *Kosinsky, V. A.* (former Professor of Novorossiysk University, then Professor of Kiev Polytechnic Institute, doctor of political economy); *Makletsov, A. V.*(former freelance university lecturer of Kharkov University); academician *Struve, P. B.* (former Professor of Petrograd Polytechnic Institute, doctor of political economy); *Vakhan F. Totomiantz* (formerly freelance university lecturer of Moscow University, teacher at the Lyceum of Tsarevich Nicholas in Moscow, and later Professor of the Higher commercial school in Berlin, held a PhD diploma of a foreign University); *Fateev, A. N.* (a former Professor of Kharkov University); *Gurvich, G. D.* (was left by the Derpt University (Yuryev)) for preparation for the professorship, Ph.D. at Leipzig University, later defended his doctoral dissertation at the Sorbonne and became its professor).

---

[26] David Davidovich Grimm (1864-1941). He graduated from the law faculty of St. Petersburg University in 1885. Since 1889 – private associate Professor of the University of Dorpat (Yuriev), since 1894 - Professor at the Department of Roman law of St. Petersburg University. In 1906, Grimm was elected as Dean of the faculty of law, and in 1910-1911, he worked as rector of St. Petersburg University. In 1891-1905 Grimm D. D. also taught at the School of law and the Military law Academy. In 1907, he became a member of the State Council by elections from the Academy of Sciences and Russian universities. After the February revolution, on 16 March 1917, he was appointed as Commissioner of the Provisional government over the state Chancellery and the Chancellery for the adoption of petitions. In September 1919, he was arrested, but a few days later released on bail. He emigrated from Soviet Russia and lived in Paris. In 1922, Grimm moved to Czechoslovakia, where he was Professor of civil law (1922-1927) and Dean (1924-1927) of The Russian law faculty. From August 1927, he was a Professor of Roman law at the University of Tartu, where he worked until his retirement in 1934.

[27] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5675. Inventory 1. Case 1. Sheet 115-116. In: *Studencheskie gody*. 1924, Nr. 4, p. 26-27.

[28] Alexander A. Vilkov (1872-1958). He graduated from the law faculty of the University of Warsaw in 1895. Master of financial law. From 1910, he taught financial law at the University of Warsaw. Together with the University Vilkov, A. A. moved from Warsaw to Rostov-on-Don in 1915. At the beginning of 1920, he was elected a Professor in the same Chair of financial law of The Rostov-on-Don University. In August 1917 Vilkov, A. A. was elected by professors and lecturers of The Rostov-on-Don University as a representative of the University at the Church Council, which opened in Moscow and decided to restore the Patriarchate in Russia. In 1920, Vilkov, A. A. emigrated to Czechoslovakia. In 1922, together with the famous Russian scientist and lawyer Professor Nr.vgorodtsev, P. I., he became the founder of the Russian law faculty in Prague, worked there until 1929 as a Professor, read the course of financial law, was elected Dean. He was a member of the Board of Russian Academic organizations. See more: KRAKOVSKY, K. P. *The thread of time. Biographies of professors of the law faculty of Warsaw-Donskoy-Rostov-on-Don University.* Rostov-on-Don: publishing house of Southern Federal University (formerly known as Rostov State University (1957–2006)), 2003, p. 163.

[29] PUSHKAREV, S. G., *Memories of the historian. 1905-1945.* M.: Posev, 1999, p. 94.

Lecturers of the Russian Law Faculty in Prague (1922–1927)

In 1923, speaking on the Act of the first anniversary of the Russian Law Faculty, the Dean *Novgorodtsev, P. N.* not without reason stated that the Russian Law Faculty by its teaching staff was the best that ever existed in Russia[30] (out of 30 lecturers - 10 doctors and 4 masters). Subsequently, the following well-known scientists joined the teaching staff: *Vernadsky, G. V.* (former freelance university lecturer of Petrograd University, later – of Taurida University); *Lossky, N. O.* (former Professor of Petrograd University, doctor of philosophy); *Archpriest Bulgakov, S. N.* (former Professor of Moscow University, doctor of political economy); *Florovsky, G. V.* (former freelance university lecturer of Novorossiysk University; one of the founders of the Eurasianism movement); *Timashev, N. S.* (former Professor of Petrograd Polytechnic Institute, master of criminal law); *Spektorsky, E. V.* (former Professor of Warsaw University, then Professor and rector of Kiev University); *Kiesewetter, A. A.* (former Professor of Moscow University, doctor of history), *Florovsky, A. V.* (former Professor of Novorossiysk University); *Chuprov, A. A.* (former Professor of Petrograd Polytechnic University and corresponding member of the Academy of Sciences); *Bogolepov, A. A.* (former freelance university lecturer of Petrograd University); *Lapshin I. I.* (former Professor of Petrograd University, doctor of philosophy).[31]

In addition, the well-known Czech scientist, Professor of Charles University, *Kadlec, K. J.* took part in teaching and management of the scientific training of undergraduates in the history of Slavic law.

3. Student contingent

The student contingent of the faculty was formed from four sources: 1) young people who graduated from secondary schools in Russia, but failed to enter higher education institutions because of the revolution and the Civil war; 2) dropout students; 3) persons with higher education, but seeking a new specialty (in the hope of employment); 4) graduates of Russian emigrant or foreign secondary schools.

According to the student census of 1923, 75% of the students graduated from high schools and 15% - from non-classical secondary school in Russia; at least 75% before entering the RLF studied in higher educational institutions, of them - at least 40% - in universities.[32]

Initial admission to the faculty was made after a preliminary study of the documents of applicants or (in the case of loss of documents, which was a frequent and easily understandable phenomenon in the 'time of troubles' – war, revolution - after the interview). Such verification Commission was originally organized in Constantinople. It consisted of Russian professors and postgraduates, invited to Prague, and checked the qualifications of applicants, mainly in Russian history and literature, mathematics and physics. Those who had any university documents with them were enrolled in the lists of accepted without further checks.

In addition to these organized groups, during 1922-1923 a lot of singles came at their own expense to Prague claiming

[30] Anniversary of the Russian law faculty in Prague. In: *Studencheskie gody*. 1923, Nr. 1, p. 33.

[31] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5675. Inventory 1. Case 1. Sheet 88-89 - about staff; ALEKSEEV, N. N., The above source: p. 218-220.

[32] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 1. Sheet 126 - 127.

the position and benefits of the Czechoslovak 'state-owned' students. To clarify their qualifications in Prague, a verification commission was also established.[33]

Initially, 250 students, including 100 Russian students of the faculty of law of Charles University, took part in the 1-st year of study, some of them did not leave the Czech University and studied at the same time in the RLF, in addition, several students from the Commercial Institute and several from other educational institutions of Czechoslovakia were accepted.[34]

Many former students of Russian universities who did not finish their studies in Russia were mainly from Moscow and St. Petersburg, but many were from Kiev and Kharkov, then Rostov-on-Don and Novorossiysk, etc.[35] As one of the lecturers concluded 'in a word, at the faculty of law there were the students of the whole Russian land!'

A unique photo of students of the Russian law faculty in Prague, discovered by the author of the article in the State archive of the Russian Federation

The social composition of students was fairly homogeneous: the vast majority were immigrants from intellectual and noble families. The RLF was mainly a 'male' University, as the share of women in the student population did not exceed 10% in 1922 (33 out of 315).[36] The average age of students (at the end of 1923) was 28.5 years, and female students - 26 years. According to the national composition of the students, the RLF was actually a mono-ethnic group, because 95% of them identified themselves as Russians.

The second largest group (at about 1.5%) was the Armenians. There were Karaites, Czechs, Jews, Germans, and Greeks. If in the first years of the Faculty there were many participants of the World and Civil wars, former students of imperial universities, then they were replaced by the young people, receiving higher education for the first time.[37]

With the permission of the Ministry, the Russian law faculty established a special fee for listening to lectures and participating in seminars and practical classes for young people who were not scholarship holders of the Ministry of foreign Affairs of Czechoslovakia. The tuition fee for the half-year was set at 60 CZK (very symbolic: for comparison, the subsistence minimum for the citizens was 600 CZK per month).[38] In different years, the Committee for education in Czechoslovakia was responsible for 80% to 94% of the RLF students.[39] In addition, scholarships were awarded (for example, after the death of Professor *Novgorodtsev, P. I.* a scholarship was established in his name).

For the years of work about 1100 students and non-matriculated students[40] passed through the faculty. In some years the number of students was approaching 500. The RLF on this indicator could be placed on a par with the law faculties of such Russian universities of the pre-revolutionary period as Kazan, Novorossiysk, Saratov and Tomsk universities.[41]

Data chart 1. General movement of students on courses from May 1922 to May 1928.[42]

Courses:	1a	1	2	3	4	Subtotal	Number of students
May 1922	-	130	66	56	3	255	68
May 1923	51	156	145	81	55	488	121
May 1924	-	133	128	145	82	488	200
May 1925	-	54	124	126	135	439	57
May 1926	-	-	35	109	115	259	24
May 1927	-	-	-	29	103	132	7
May 1928	-	-	-	-	35	35	-

By the mid-1920's the migration flow from Russia had dried up, the process of moving refugees from one region to another in search of a place of residence and work also lost its intensity. All this (as well as the policy of the Czechoslovak government) affected the activities of the RLF. The gradual curtailment of the educational process began, in particular, since the 1926/27

[33] PUSHKAREV, S. G., *Memories of the historian.* p. 62

[34] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 3. Case 88. Sheet 5 et seq.

[35] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 93 - Lists of students entering the RLF. It is indicated in what university they had studied before. Sheet 2-5.

[36] In: *Studencheskie gody (Prague).* 1922, Nr. 2, p. 24.

[37] In: *Gody.* 1928, Nr. 6, p. 6.

[38] See: SERAPIONR.VA, E. P., Russian emigrants in Czechoslovakia in the interwar years. In: *Questions of history,* 1997. Nr. 5, p. 127.

[39] In: *Gody.* 1927, Nr. 5, p. 17.

[40] *Nr.n-matriculated student* is a person attending a higher educational institution and admitted to all types of studies and state exams, but without granting him the rights and benefits of an ordinary student.

[41] GANIN, V. V., Professors and students of the Russian law faculty in Prague (1922 - 1930s). In: *Legal education and science.* 2005, Nr. 3, p. 41.

[42] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 15. Sheet 151-161.

academic year; students were not recruited for the freshman class.[43] In the academic year 1928/29, only 35 people were enrolled in the whole faculty, with the graduating of which the activity of the RLF as an educational institution actually ended.

As can be seen from the Data chart 1, the number of entrants was steadily declining. There were several reasons for this: first, and most importantly, it gradually became clear that the return to their homeland from emigration could not take place in the near future (as the lecturer at the faculty *Lossky, N. O.* admitted 'we made a mistake', the Bolsheviks established power 'seriously and for a long time'), and the legal education on Russian (pre-revolutionary) patterns did not have practical value for the life abroad. The diplomas of the RLF implicating the fundamental training carried out by the brilliant lecturers, nevertheless, were not recognized in Europe.

Therefore, when, after the first graduation it became clear that the graduates of the RLF were doomed to unemployment, both in Czechoslovakia and elsewhere in Europe, or were forced to find a job far from their specialty (for example, paint[44]), the influx of entrants sharply declined.

The journal *Studencheskie gody*, published in the 1920-s in Prague by students and lecturers, noted: 'In general, the situation of law graduates is catastrophic. They cannot apply their knowledge, because, although there are places, but foreigners are not accepted. To find an intelligent job in another specialty not being an expert is hopeless. Only the physical low-wage job remains… And lawyers rushed in search of it. But this is still bad, and only a few people got a job. To all disasters is added, perhaps, the most important – 'attachment' to the territory, because it is almost impossible to get a visa now'.[45] Law students even formed their own office to seek work for graduates of the faculty. Many law students in parallel graduated from the Russian automobile and tractor school.[46]

One of the students of the RLF *Meisner, D.* was quite skeptical about the prospects of graduates of the faculty: 'Most of my colleagues in the faculty, if they remained in Czechoslovakia, sought out some work in public institutions and public organizations, taking the smallest places, or, if they failed, went to look for happiness to Paris – the pillar road of our emigration, where they became drivers, workers in factories, or went to distant, often overseas countries. Some of my university buddies have even made careers in the French colonies of Africa'.[47]

So, *Alekseev, N. N.*, in the end, was right with his skepticism and lack of pathos in relation to the fate of the faculty, at the dawn of its creation he said to potential students: 'give up the idea of the law faculty, learn how to fix electric lighting in the houses and repair electric calls, study book-keeping, accounting science and the like, this just in case will create a basis for your future existence…'.[48]

However, the situation of the students themselves during the training was, according to contemporaries, not easy at all. *Spectorsky, E. V.* who worked as the lecturer of faculty in 1924-1928 testified: 'Objectively our students were, of course, unhappy. Without a homeland, without family, without a secure future, they were eating someone else's bread, for which they were reproached from all sides: from the socialists because students were not socialists, from the Czechs from Russia – because students wanted to get compensation for their losses amounts intended for the needs of other people, etc…[49] Their health was in poor condition. The percentage of people prone to tuberculosis was very high. For 4 years 62 students died. Morally, our students struggled to recover from the recent shocks'.[50]

Soon after the creation of the RLF, students formed the public Corporation 'Justitia', which organized extracurricular social activities. For example, in 1924, it staged an approximate of the criminal process on the novel by Leo Belmont 'Legal proceeding within the closed doors'. Under the leadership of former Senator Professor *Zavadsky, S. V.* and former lawyer *Varshavsky, S. I.*, the Corporation organized the 'Speech Studio'. The task of the students was not only exercises in the art of constructing speech, but also the desire to maintain and strengthen in themselves the purity of Russian speech. Students prepared speeches on legal and other topics, and friends and lecturers then discussed it, made comments in terms of purity of the Russian language.[51]

Students-lawyers were not limited to educational classes. They were engaged in sports, organized various kinds of parties, performances of amateur groups. They also participated in social and political events, for example, in the signing of the resolution of protest against the policy of the Soviet government in the field of higher education (July 12, 1924). They protested against, as they believed, 'the defeat of high school in Soviet Russia', the persecution of lecturers and students (cleaning, arrests in the GPU - State Political Administration). Rus-

[43] In the emigre newspaper *Vozrozhdenie* (July 7, 1925), an article was published with information about the RLF that there would be Nr. more admissions and that the faculty was doomed to extinction. See: State archive of the Russian Federation. Fund. R-5675. Inventory 1. Case 1. Sheet 156.

[44] Philosopher *Lossky, N. O.* in his memoirs gave an example of how one of the graduates of the faculty, knowing the fate of his older comrades, organized short-term painting courses. After their graduation, Russian certified lawyers moved to Europe (mainly to France), where they began to work in a new, more popular specialty. See: LOSSKY, N. O., *Memories: the Life and the philosophical way.* Munich, 1968, p. 223.

[45] In: *Studencheskie gody (Prague).* 1925, Nr. 2, p. 30.

[46] In: *Studencheskie gody (Prague).* 1925, Nr. 4, p. 25.

[47] MEISNER, D. I., *Mirages and reality: Notes of the emigrant.* M., 1966, p. 182. This was also confirmed by *Alekseev N. N*. See: ALEKSEEV, N. N., The above source: p. 224.

[48] ALEKSEEV, N. N., The above source: p. 214.

[49] On the life of Prague students in the 1920s, see: ANDREEV, N. E. *That's what I remember. From family memories of Nikolay Efremovich Andreyev (1908-1982).* In 2 volumes. Tallinn, 1996, Vol. 1, p. 249 et seq.

[50] Quote: The State-legal views of the Russian emigration (1920-e - 1940-e years). Historical and legal essays. Bryansk, 2010, p. 55.

[51] In: *Studencheskie gody (Prague).* 1925, Nr. 2, p. 30.

sian emigrant students appealed to the students of all countries of the world and public conscience to stand up for the remnants of Russian culture and science.[52]

4. According to the standards of imperial Russian Universities

The system of teaching was based on the General principles of law faculties of pre-revolutionary Russian universities. The curriculum included the teaching of 23 subjects. The basis of teaching was Russian national law, as it developed and operated until October 1917. At the same time, and it was easy to explain, the law of the host country (Czechoslovakia) being studied and, of course, the Czech language, and also the law of Western European States.[53] But at the same time, the faculty taught subjects in which studied the basics of the legal system of Soviet Russia.

Traditionally, the study of economic disciplines took a large place in the faculty (political economy in the pre-revolutionary 'educational and scientific nomenclature' applied to the legal profession). The course of political economy and economic history was read by Academician *Struve, P. B.,* also the history of economic studies, the latest teachings on price, economic geography were read. It should also be noted the fundamental teaching of history, which corresponded to the Russian academic traditions.[54]

The main subjects studied *in the first year* included the general theory of law, the history and dogma of Roman law and the history of Russian law, political economy.

Second-year students studied the history of philosophy of law, state law, financial law, statistics, and the dogma of Roman law.

In the third year students of the faculty of law got acquainted with a number of areas of law such as administrative law, Church law, criminal law, and civil law.

Fourth-year students studied criminal and civil procedure, trade law and international law.[55]

In addition to the main subjects, the faculty studied the history of Slavic law, Russian history, logic, psychology, forensic medicine and psychiatry, German, French, Czech and Latin languages.[56]

It is important to note the depoliticized approach to teaching stated at the establishment of the faculty. *Novgorodtsev, P. I.* noted: '… our lectures… do not represent any courses of revolution, no courses of counter-revolution, they will be held on the basis of history, on the basis of science. This is the point of view that we want and will keep in our higher school. This is the point of view of science, which stands above the greatest political events'[57].

In accordance with the rules of passing the training course, all students were required to pass at least three exams during the school year and prepare a course essay.[58] Visiting lectures and practical classes was compulsory. In case of non-attendance, the student could be deprived of the right to offset the semester. Students were strongly encouraged to record lectures. Each student had to undergo a certain number of tests, interviews, pass exams for practical classes and examinations.[59]

At the faculty, the lecture method of teaching[60] was combined with the rapidly 'breaking into' the educational process from the beginning of the twentieth century, practical and seminars. For example, in 1923-24 years, *Vernadsky, G. V.* together with *Shakhmatov, M. V.* conducted a seminar on the content of Russian Chronicles; *Struve, P. B.* – on political economy, *Fateev, A. N.* - on the General theory of law, *Zimmerman, M.* - on the dogma of international law.[61] The following academic year, a seminar on the history of philosophy of law by Professor *Spectorsky E. V.* was added.[62] Seminary of *Zaitsev, K. I.* in administrative law, was the most numerous at the faculty. The main theme of his work was the study of the legal state and the problem of its transition to fundamentally new forms, analysis of the legal and sociological problems of local government, the phenomenon of bureaucracy, etc…[63]. For practical training in criminal procedure, students attended court sessions of the Prague criminal court.

Noteworthy is the fact that emigrant scientists followed the work of their colleagues in the USSR and were familiar with the latest Soviet literature on the main branches of legal science.

As in pre-revolutionary universities, in order to encourage independent scientific activity of students, an annual competition of student works on a given topic was held, the authors received academic awards.[64]

---

52 In: *Studencheskie gody (Prague).* 1924, Nr. 5(16), p. 30.

53 State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 59 - about teaching at the faculty (correspondence with lecturers, schedules).

54 For more information, see: KOVALEV, M. V., The above source: p. 191 et seq.

55 GANIN, V. V., The above source: P. 38; Russians without Fatherland. Essays of anti-Bolshevik emigration of 20-40-ies. M., 2000, p. 293.

56 State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 15. Sheet 58-63. The study of English was organized in the Methodist mission, and French – in the French Institute.

57 State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 3. Case 88. Sheet 4-5.

58 Russians without Fatherland, p. 292-293.

59 Initially, the Rules for passing the course were approved at a meeting of the faculty on July 17, 1923. (State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 2. Sheet 50.) New editions - March 4, 1924 and November 11, 1924 (Sheet 192.).

60 The RLF lectures were initially read in the classrooms of the Institute of mathematics and accounting science of Charles University. See: State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 3. Case 88. Sheet 2.

61 Report on the status and activities of the Russian law faculty in Prague for the 1923-1924 academic year. Prague, 1924, p. 22, 24.

62 Report on the status and activities of the Russian law faculty in Prague for the 1925-1926 academic year. Prague, 1926, p. 23.

63 ZAVADSKY, V. I., Seminary on administrative law of privat-docent *Zaitsev, K. I.* at the Russian law faculty in Prague. In: *Studencheskie gody (Prague).* 1924, Nr. 4, p. 28.

64 State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 15. Sheet 40-72. The same source: Case 4. Sheet 360.

Every year, the faculty testing Commission (it included the Dean, Secretary of the faculty, as well as representatives of the Chairs of criminal law and procedure, civil law and procedure, trade law and international law) took state exams. For 6 years of active pedagogical work the faculty prepared at least 419 students:[65]

Academic year	Exam session	Total number of graduates	Awarded a diploma of I degree	Awarded a diploma of II degree
1922	summer	1	1	-
1922–23	I autumn	2	–	2
1922–23	II summer	3	2	1
1923–24	I autumn	8	1	7
1923–24	II spring	23	8	15
1924–25	I autumn	35	8	27
1924–25	II autumn	39	5	34
1924–25	III spring	4	–	4
1925–26	I autumn	43	7	36
1925–26	II autumn	33	4	29
1925–26	III spring	14	2	12
1926–27	I autumn	43	12	31
1926–27	II autumn	11	1	10
1926–27	III spring	30	4	26
1927–28	I autumn	49	8	41
1927–28	II autumn	27	–	27
1927–28	III spring	19	–	19
1928–29	I spring	35	?	?
	Total	419[66]	63+?	321=?

Special tribute must be paid to the strict lecturers of the faculty: even working in extreme conditions, they did not reduce the level of requirements for students' knowledge, not 'scattering' diplomas of the 1-st degree (with honor).

It should be noted that throughout the years of existence of the RLF, its leadership appealed to the authorities of Czechoslovakia about the official recognition of the RLF, so that it was possible to nostrify diplomas in Poland and Czech Republic. Indeed, the RLF was a private University or an institution of sui generis, as well as in general, all the legal position of the Russian emigration was distinctive and not regulated. From the time of the first graduation the heads of the faculty asked to recognize it as similar to the Russian law faculties of the tsarist Russian universities and therefore to recognize its diplomas as corresponding to the diplomas of old Russian universities.

In the spring of 1924 the management of Charles University refused to solve the problem of nostrification of diplomas at the faculty of law, arguing that this procedure applies to diplomas of foreign educational institutions, and the Russian law faculty is located in the capital of Czechoslovakia.

If graduates of the faculty could apply their professional skills in Russia or patiently wait for such time, the inconvenience of the uncertainty of the legal situation would not be so great. But the collapse of hopes for return forced graduates of the RLF to look for work abroad. Only those who settled in France were more fortunate: the Ministry of public education of this country allowed the Sorbonne faculty of law to admit those who graduated from the RLF in Prague to record a doctorate.[67] In Poland it was possible to nostrify the diploma of the faculty on condition of providing the document that the RLF is equated to the higher educational institution. In Czechoslovakia, local universities offered graduates of the RLF to study again, not counting their courses.[68]

For several years (in the late 20's and early 30's), the dean of the Faculty *Vilkov, A. A.* held talks with officials of the Ministry of Public Education and the management of the Faculty of Law of Charles University. Alas, unsuccessfully.[69]

5. Scientific work of the faculty scientists

The faculty had a library of about 10,000 books, mostly textbooks, in six languages. A significant part of them was compiled by professors of the faculty (these books were donated, first of all, by the outstanding Russian scientist-historian of law *Vinogradov, P. G.*, by descendants of no less outstanding scientist *Kovalevsky, M. M.*, and by various public and educational institutions[70]) and published by lithography. Books were also purchased in stores, not only in Prague, but also in Germany, Poland, the Baltic States, etc… with the money allocated by the 'Committee for the education of Russian students in Czechoslovakia'. Moreover, according to the old Russian University tradition, students with their traditionally meager means participated in the publication of lithographed manuals.

Publishing activities: in addition to textbooks, the lecturers of the faculty wrote a number of fundamental scientific works on a wide range of scientific legal issues (in the first year of the faculty was published 2648 copies of such manuals; in the future, publishing activity fell due to various reasons). So, there were published courses of lectures of professors *Novgorodtsev, P. I.* on philosophy of law; of *Gogel, S. K.* on criminal process; of *Fateev, A. N.* on the theory of law; *Zavadsky, S. V.* on civil law; of *Vilkov, A. A.* on financial law; of *Alekseev, N. N.* on state law, etc…

Alekseev, N. N., Zavadsky, S. V., Makletsov, A.V. and Timashev, N. S. produced in 1922 and published in 1924 two-volume collection of 'the Law of Soviet Russia'.[71] Prague emigrants were in fact the first to study Soviet law abroad.

It is interesting that in 1922 the students themselves formed the Publishing Commission, which organized the printing business at the faculty. First, with the help of the Christian society of young people, and then with the assistance of the Committee for education and with the funds collected from the monthly contributions of the students themselves, the lithography of the courses of lectures was provided. And then it was equipped

[65] Russians in Prague, p. 87.
[66] This indicator appears in: SAVITSKY, I., The above source: p. 133.; *Kovalev, M.V.* specifies another indicator - 453. (KOVALEV, M. V., The above source: p. 198); *Starodubtsev, G. S.,* Not taking into account the last year of training - 384. (STARODUBTSEV, G. S., The above source: p. 86).
[67] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 15. Sheet 114, 115.
[68] Russians without Fatherland, p. 296.
[69] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 4. Sheet 379.
[70] Report on the status and activities of the Russian law faculty in Prague for the 1926-1927 academic year. Prague, 1927, p. 30.
[71] ALEKSEEV, N. N., The above source: p. 223.

with its own printing house in which the necessary books were printed, sometimes even for other Russian schools, quite a large circulation.[72]

In general, the scientific work of the lecturers of the RLF was very intense and gave abundant fruit in the form of dozens of articles and monographs on various branches of law on the legislation of tsarist and Soviet Russia and foreign countries. It should be noted that the scientific works of the faculty scientists were published not only in Russian and Czech, but also in Serbian, Bulgarian, German, French, English, Italian and Japanese. The annual reports of the RLF included a list of scientific works published during the year by the faculty lecturers.

On their basis, it is possible to present the list of the scientific works published, for example, by Professor *Alekseev, N. N.* in 1924-1930:

1. Fundamentals of philosophy of law. (Prague, 1924).
2. General theory of the state. Lecture Course. Vol.1-3. Prague (lithography)
3. On the ways of future Russia (Paris, 1927).
4. Property and socialism. Paris, 1928.
5. Theory of state (Paris, 1930).
6. He also published 13 articles in Russian and German publishing houses.[73]

The faculty saw one of the most important tasks in the training of future scientists and lecturers. According to the calculations of *Ganin, V. V.*, every year there were from 12 to 14 people at the RLF to 'prepare for a professorship'. From 1922 to 1931, at least 40 people passed through the system of post-graduate education the RLF.

Ganin, V. V. was able to state the names of 42 'Professor scholarship holders' and applicants for a master's degree, of which 19 were graduates of the faculty, and 23 – of other universities.[74] Approximately 60% of the 'Professor scholarship holders' were accepted in the RLF with the financial allowance and 40% - without it. This proportion was maintained in almost all the years of the faculty. Among the most famous alumnus, who became known in the science, we can call the historian of medieval law *Markov, O.* (after the graduation from the RLF he worked in Bratislava); the researcher in the field of international law *Zimmerman, M.A.*; the researcher of the power of medieval Russia *Shakhmatov, M. V.*; the theorist of Eurasianism *Savitsky, P. N.*, and the expert in the history of Russian and Soviet law *Friednev, M. E.*[75]

The faculty had the right to award academic degrees and titles. The faculty from the very foundation consisted of persons left to be prepared for the title of Professor. For 1922-1928, 16 people at the faculty underwent a master's test and received the right to teach (after reading the trial lectures), and were awarded the title of Privat-docent. They became a sort of 'talent pool' of the faculty: some of them later were lecturers of the RLF (*Markov, O. O., Zimmerman, M.A., Ostroukhov, P. A.*, etc.). Most of the applicants once received higher education in Russia, but the events of 1914-1920 interrupted their scientific career.

The story of *Volkobrun, S. L.*, a graduate of the RLF in 1924, told by researcher *Kovalev, M. V.*, is remarkable. The son of an Active State Councillor, an officer of Izmailovsky regiment Imperial Guard, a member of the Civil war, he was evacuated from Sevastopol to Novorossiysk on the cruiser 'Kagul' ('General Kornilov') in 1919. Then he came through heavy emigrant wanderings, up to arrival to Czechoslovakia. Here, in Czechoslovakia, he had to start his life from the beginning; and the attempt was successful. *Volkobrun, S. L.* not only received a law degree, but also received a gold medal for his graduate thesis 'Cabinet of Ministers in the reign of Anna Ioannovna'. In the graduate thesis review *Vernadsky, G. V.* noted: '… Mr. Volkobrun shows himself as a researcher, able to understand the material, evaluate its value and make independent conclusions of scientific importance. The entire work testifies to Mr. Volkobrun's ability to work hard and persistently. All of the above, I think there is a sufficient reason to ask the faculty of Law to leave Mr. Volkobrun to be prepared for professorship at the Chair of history of Russian law'.[76]

During the same period, two master's theses were defended: Privat-docent *Zimmerman, M.A.* defended his thesis on 'Interference and recognition in international law' in 1926. Professors *Alekseev, N. N.* and *Fateev, N. A.* were appointed his official opponents. The defense was successful and soon *Zimmerman, M.A.* was elected Professor of international law.[77]

Private-docent *Shakhmatov, M. V.* defended his thesis 'The Doctrine of Russian Chronicles of the pre-Mongol period about state power' (on the history of Russian law) in 1927. He became interested in the history of ancient political ideas, being a student of Petrograd University under the influence of an outstanding historian of law *Dyakonov, M.A.*, but only in emigration *Shakhmatov, M. V.* was able to continue his scientific career. The main provisions of his dissertation *Shakhmatov, M. V.* were published in the book 'Experiments on the history of old Russian political ideas' (Part 1-2. Prague, 1926). His official opponents were *Vernadsky, G. V.* and *Spectorsky E. V.*, unofficial – *Pushkarev, S. G.* and *Shmurlo, E. F.* The defense of the thesis lasted five hours and ended successfully.[78]

Ostroukhov, P. A. defended his master's thesis on political economy 'Sketches of the Nizhny Novgorod fair in the XIX century in the era of Great reforms'[79] on December 20, 1931. It was the last defense of the thesis on the RLF.

---

[72] In: *Gody.* 1927, Nr. 5, p. 17.
[73] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 17. Sheet 24.
[74] GANIN, V. V., The above source: p. 39.
[75] PASHUTO, V. T., *Russian historians-emigrants in Europe*, p. 67.
[76] KOVALEV, M. V., The above source: p. 192-193.
[77] For more information see: STARODUBTSEV, G. S., The above source: p. 77-78.
[78] Report on the status and activities of the Russian law faculty in Prague for the 1926-1927 academic year. Prague, 1927, p. 19-20.
[79] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 4. Sheet 389.

In 1922, the Society of law and public knowledge was organized under the RLF, activities of the society consisted of conducting public lectures, reports, meetings devoted to the consideration of issues of law and humanitarian knowledge.

During the first year of work of the Society, the following reports were made:

- Grimm, D. D. – 'The role of the court in law-making';
- Novgorodtsev, P. I. – 'Democracy at the crossroads';
- Alekseev, N. N. – 'Rationalism and intuitiveness in the philosophy of law';
- Zavadsky, S. V. – 'The way of realization of judicial independence in life';
- Levitsky, V. M. – 'Five years of work of the special court for minors in Russia';
- Spectorsky E. V. – 'On the question of the legal structure of the state';
- Zaitsev, K. I. – 'Crisis of the rule-of-law state';
- Makletsov A.V. –'In Memory of Tagantsev N. S.'[80]

The Society organized six solemn meetings, which were devoted to: the memory of the tragically deceased Minister of Finance of Czechoslovakia Dr. Rashin (1923); the memory of the deceased first Dean of the RLF Professor *Novgorodtsev, P. I.* (1924); the tercentenary of the book written by Hugo Grotius 'On the Law of War and Peace'; the memory of the deceased Professor *Chuprov, A. P.* (1926); the centenary of the birth of the traveler Pyotr Petrovich Semyonov-Tyan-Shansky; the honoring Professor *Petrazhitsky, L. I.* on the occasion of the 35th anniversary of his scientist activities (1927).

From the very beginning of its existence, the Russian law faculty was in creative scientific communication with Far Eastern University and the Russian faculty of law in Harbin[81]; the RLF provided them with methodological assistance and was also ready to cooperate in a limited format with the faculty of law in Berlin.[82]

The activity of the faculty was not limited to purely educational and scientific work. One of the RLF activities was the issuance of certificates, explanations, consultations on the content of the law, which operated in Russia until October 1917, to individuals and government institutions of Czechoslovakia.

Quite often, the faculty gave advice and explanations on diplomas and other documents on education[83]. There were a lot of letters from lawyers asking to confirm their status - since before the revolution they worked, for example, in the Senate, they acquired the skills of judicial work, and wanted to get a job as a lawyer in emigration. As a rule, they were refused by employers and asked for confirmation of their status. These questions were also dealt with by the RLF.

In 1925, the RLF received a request from the Ministry of foreign Affairs of Czechoslovakia to give an opinion on:

1. Did the Russian Orthodox Church, according to the laws of the former tsarist empire, have the character of a corporation (legal entity), i.e., in particular, was it a subject of property rights and what were its bodies?

2. In case of the negative answer to the first question, was the nature of the legal entity recognized by the orders of the Provisional Government of Mr. Kerensky for the ROC, and did it (ROC) become the owner of church property according to these documents?

3. What was the legal nature of the Holy Synod and to what body were its property rights passed, if there were any? The specialist in Church law *Troitsky, S. V.* gave a detailed explanation.[84]

6. The end of the faculty

Thus, in 1925, due to the reduction of assistance to emigrants in the framework of the 'Russian action', the gradual curtailment of all forms of activity of the Russian law faculty began. The reasons for the reduction of aid lay in the economic sphere (large amounts of aid to Russian emigrants were overhead for the budget of Czechoslovakia), and had a political background (protests of workers against the provision of funds to former White Guardists; on this occasion, Communist deputies made inquiries to the Parliament); but the main reason for the curtailment of the 'Russian action' was the growing power of the USSR and the consistent protests of the Soviet government and the press against feeding the White Guardists.[85]

In 1925, the last admission to the faculty was made. On the annual act of May 18, 1927, the Dean *Grimm, D. D.* said bitterly: 'The cultural work ends in front of us, and again the fate reminds us that – until there is no great Russia – we are condemned to life and wandering in the role of eternal Wandering Jews (Ahasverus), who no one needs, and who no one wants to understand, and cannot really understand'.[86]

In 1929, the last graduation was made, after which the former pedagogical activity of the RLF was generally discontinued[87].

The journal 'Gody' in 1928 sadly stated: 'The clot of Russian students in Czechoslovakia is melting. Influx of waiting for the resurrection in the academic life from the other countries has stopped. Dormitories are closed, the activities of the unions have been reduced to a minimum, there are no more stormy meetings and debates…'.[88]

[80] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 3. Case 88. Sheet 24.
[81] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 4. Sheet 54.
[82] STARODUBTSEV, G. S., The above source: p. 75.
[83] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 28. Sheet 30.
[84] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 28. Sheet 104 and the next.
[85] PASHUTO, V. T., The above source: p. 68-69.
[86] *Studencheskie gody*. 1927, Nr. 4, p. 3-4.
[87] STARODUBTSEV, G. S., The Russian law faculty in Prague (1922 – 1933). In: *Pravozaschitnik.* 1999. Nr. 3; POSTNIKOV, E. S. Students of Russia and problems of higher education in emigration. In: *Cultural mission of Russians abroad. Past and present. Collected papers*. M., 1999; Russians without Fatherland: essays on anti-Bolshevik emigration of the 20-40s. M.: 2000.
[88] AN-OV, N., Prague life. In: *Gody.* 1928, Nr. 6 (28), p. 6

In subsequent years, the RLF served as a research institution. May 18, 1928 at a meeting dedicated to the 6th anniversary of the opening of the RLF, its Dean *Vilkov, A. A.* stressed: 'With the termination of normal teaching at the faculty, its activity does not stop at all: the faculty of law remains further as a scientific Corporation, its scientists will continue their academic work, will lead the scientific studies of persons left at the faculty to be prepared for the professorship, it is also expected to organize lectures, seminars, reports and, perhaps, even entire cycles of lectures for those who have graduated from the faculty, and for other persons interested in law issues'.[89]

However, because of the death of some lecturers and the outflow of students to other educational and scientific institutions in Europe and the United States, even this side of the activity ceased. In the autumn of 1930, a group of professors of the RLF applied to the Ministry of public education of Czechoslovakia with a request to continue the education of its graduates at the Czech law faculties, but the issue remained unresolved. Training activities of the RLF manifested in the reception of tests and examinations, and conducting of final tests continued until mid-1931.[90] In 1935, the RLF finally ceased to exist.[91]

Alekseev, N. N., noting the merits of the RLF, wrote, albeit with some degree of romantic exaggeration, that the RLF 'turned grown wild (because of the war) and little educated volunteers of *Anton I. Denikin* into University educated Russian intellectuals; but their Motherland did not want to take advantage of them, so they went around the world to carry the remains of the old culture, and sometimes to introduce the world to the everything new that appeared in Russia'.[92]

The creation of the RLF, according to (not deprived of the share of cynicism) the opinion of one of its graduates *Meisner, D. I*, 'the least justified by history and less responsive to the real situation' an event committed by 'in spite of the mind, contrary to the elements'.[93] He noted in this regard: 'I would not want to be ungrateful towards my teachers. And yet I want to say: men of science, by heart studied the stages of the great revolutions, knowing their course almost by day, if not by the hour, how could they think that this initiative is useful and necessary? How could they assume that with a wave of some magic wand, the universities of Russia, filled with completely new people, will suddenly live again according to the old statutes and old pedagogical programs, when there is nothing left of the law that was in force before the revolution in the country. No words! *Novgorodtsev, P. I.* - an ardent supporter of philosophical idealism, a beautifully handsome man, a magnificent speaker and a good experienced administrator, who loved strict order and who was able to support it, was firmly convinced that he was doing a great and good deed. However, what was the use? Lawyers who graduated from the faculty were not only needed by anyone in the world, but they could not even explain in a few years what the faculty it was in Prague, why and for what! People simply did not understand them, and the diplomas of the faculty were in the most genuine sense of the word just a 'scrap of paper'.[94]

And, nevertheless, despite the fact that the faculty, deprived of the national soil, was almost initially doomed, its lecturers, representatives of the Russian legal intelligentsia fulfilled their important function, the task of preserving and even augmenting the traditions of the Russian higher school, the traditions of Russian culture, including the culture of law.

Without losing the spiritual closeness with Russia, believing in the imminent return, the intelligentsia cared about the intellectual potential of the Motherland, sought to give the Russian youth, who was abroad, education.[95] And, the youth answered the faculty and the lecturers with sincere gratitude.

On May 15, 1927 a graduate of the RLF *Savchenko, I.*, who lived in Paris, sent a letter to the Dean *Grimm, D. D.*, in connection with the 5th anniversary of the faculty: 'The time has not come yet, when the due assessment will be given to the great cause, which is carried out by the RLF in Prague, abroad Russia, but we have no doubt for a minute that its creative work will be inscribed in the history of legal thought as a precious link, forged in the year of the greatest tests, between the former greatness of Russian legal culture and its new flourishing… long live the power of law, long live the faculty, asserting us in this real faith'.[96]

The activity of the Russian law faculty is a unique phenomenon in the history of legal education. Created outside Russia on the land of fraternal Czechoslovakia, financed from its budget, working on the programs of universities of the no longer existing country, the faculty was a kind of monument of friendship between our Slavic peoples and States.[97]

[89] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 15. Sheet 149-162.
[90] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 4. Sheet 400.
[91] GANIN, V. V., The above source: p. 42.
[92] ALEKSEEV, N. N., The above source: p. 224.
[93] MEISNER, D. I., *Mirages and reality*: p. 168.
[94] MEISNER, D. I., The above source: p. 168-169.
[95] POSTNIKOV, E. S. Students of Russia and problems of higher education in emigration. In: *Cultural mission of Russians abroad. Past and present. Collected papers.* M., 1999, p. 92.
[96] State archive of the Russian Federation. Fund. R-5765. Inventory 1. Case 15. Sheet 31.
[97] STARODUBTSEV, G. S., The above source: p. 86.

Der Weg von der „Donaumonarchie“ zur „Republik Deutschösterreich“ 1918 unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Staat und Ländern

(From the Fall of the Habsburg Empire to the Foundation of the „Republik Deutschösterreich“ – a Special Analysis of the Relation between the Federal State and its Provinces)

*Sonja Pallauf**

Abstract

With the end of World War I in the fall of 1918 the multiethnic Habsburg empire collapsed, and the emperor resigned from his duties as a head of state. From this arose the new state „Deutschösterreich“, formally established on October 30, 1918, followed by the declaration of the „Demokratische Republik Deutschösterreich“ (democratic republic of German Austria) on November 12, 1918. Based on legal sources, this article illustrates the relation between the federal state and its provinces directly before and after the state's foundation.

Keywords: *Habsburg Empire; Austria; 1918; World War I, democratic republic „Deutschösterreich“.*

1. Einleitung

Am Ende des Ersten Weltkrieges, unmittelbar nach dem Zerfall der Österreichisch-ungarischen Monarchie entstand im Herbst 1918 - also genau vor 100 Jahren - innerhalb weniger Wochen der österreichische Staat. Es war die „Republik Deutschösterreich“.

Der Terminus „Deutschösterreich“ war keine neue Wortschöpfung, sondern ein durchaus Ende des 19. Jahrhunderts im Sprachgebrauch üblicher, jedoch nicht amtlicher Name für das von Deutschen bewohnte Gebiet Österreich/Cisleithaniens. Durchaus gängig war es auch, die sogenannten Deutschen im Habsburgerreich als Deutschösterreicher zu bezeichnen.[1]

Für diesen neugegründeten Staat Deutschösterreich wurde als Staatsform die Republik gewählt. Sie wurde am 12. November 1918 in Wien ausgerufen.

Das im Art 1 normierte republikanische Prinzip der aktuellen österreichischen Bundesverfassung[2] hat seinen Ursprung im Art 1 des Gesetzes über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, StGBl 5/1918, welches lautet: *Deutschösterreich ist eine demokratische Republik. Alle öffentlichen Gewalten werden vom Volke eingesetzt*.

Wie kam es zur Entstehung dieser Ersten Republik[3] in Österreich? Um diese Frage umfassend beantworten zu können, wäre in einen fächerübergreifenden Diskurs zu treten. Dies würde aber den Rahmen dieses Beitrages bei weitem überschreiten. Eine ausschließliche rechtshistorische beziehungsweise rechtspolitische Untersuchung zu diesem Thema ist dennoch immer im Kontext mit den politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen des Jahres 1918 zu sehen. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der verfassungsgeschichtlichen Entwicklung Deutschösterreichs wird hier der Fokus im Besonderen auf das Verhältnis zwischen Staat und Ländern im Zeitraum von Oktober bis November 1918 gelegt. Dieses Verhältnis von Staat und Ländern wird insbesondere aus Sicht der Zentralgewalt näher beleuchtet.

2. Deutschösterreich - Die Entstehung der Republik

Im Rahmen der rechtlichen Auseinandersetzung mit Staatsgründungen stellt sich zunächst unweigerlich die Frage: Hat ein Staat neben räumlichen Grenzen auch zeitliche Grenzen? Die Frage klingt einfach, aber birgt in sich eine Fülle von Rechtsfragen aus den Bereichen der allgemeinen Staatslehre und des Völkerrechts, die hier nur in aller Kürze angedeutet werden.

Sieht man die Staatsentstehung allein aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, so wird eine Anknüpfung an das Völkerrecht notwendig. Diese jedoch lenkt die Aufmerksamkeit ab vom eigentlichen Akt der Staatsgründung, kennt doch das Völkerrecht nur Normen für die Anerkennung von Staaten, nicht aber für deren Gründung. Die äußere Souveränität eines Staates bedingt die Innere, die rechtlich schwer fassbar ist.[4]

* Ass. Mag. Dr. iur. Sonja Pallauf, Fachbereich Sozial- und Wirtschaftswissenschaften an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Salzburg, Österreich.

1 Ausführlich BRAUNEDER, W., *Deutsch-Österreich 1918. Die Republik entsteht.* Wien, 2000, S. 100.

2 Art. 1 B-VG, StF 1/1920 idgF BGBl 1013/1994 lautet: „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“

3 Aus der „Republik Deutschösterreich“ 1918 wird gemäß Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye v. 10. September 1919, StGBl 303/1920, die „Republik Österreich“. Der Terminus „Erste Republik“ ist nicht gesetzlich verankert. Dieser definiert in der Regel den Zeitraum von 1918 bis 1938.

4 SCHEFBECK, G., Staatsgründung durch ein Parlamentsprovisorium. In: BRAUNEDER, W./ LESER, N. (Hrsg.), *Staatsgründungen 1918.* Wien, 1999, S. 43.

Im Rahmen einer die Rechtskontinuität brechenden Staatsgründung, welche sozusagen juristisch revolutionär erfolgt, stellt sich primär das Legitimationsproblem. Jede Staatsgründung braucht - wie die Souveränität - Legitimation nach außen und nach innen!

Nach dem Ersten Weltkrieg und dem Ende des habsburgischen Vielvölkerstaates schien sich das Konzept des demokratischen Legitimationsmodells zunächst voll und ganz durchzusetzen. Tschechen, Polen und Südslawen hatten nur noch das Ziel der Bildung souveräner Nationalstaaten vor Augen und gaben sich allesamt parlamentarisch-demokratische Verfassungen. Und wie sah nun Österreichs Zukunft aus?

Innerhalb von wenigen Wochen im Herbst 1918 - genauer gesagt zwischen dem 21. Oktober und dem 12. November - entstand ein neuer österreichischer Staat als einer von vielen Nachfolgestaaten der sich auflösenden Österreichisch-ungarischen Monarchie. Auch für den künftigen österreichischen Staat stellte sich die Forderung nach demokratischer Legitimation der Staatsgründung.[5]

In einer so kurzen Zeitspanne war eine demokratische Rückbindung politischer Beschlüsse an das Volk, sei es durch Volksabstimmung oder Wahl des Parlaments, nicht möglich - gerade zu einer Zeit, in der sich die militärischen, politischen wie auch die damit verbundenen wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen so schlagartig veränderten.

Wie die weitere Darstellung über die geschichtlichen Ereignisse vor und nach der Staatsgründung zeigen wird, versuchten die politischen Entscheidungsträger von 1918 die fehlende Legitimationsgrundlage des neu zu gründenden Staates zum einen mit Provisorien zum andern mit der Stärkung der politischen Parteien, die als Bindeglied zwischen Staat und Volk fungierten, auszugleichen - sicherlich Lösungsansätze, die nur faktisch und nicht rechtlich von Bedeutung sind.

Als sich die militärische Niederlage der Österreichisch-ungarischen Monarchie und ihrer Verbündeten[6] nach vier schweren Weltkriegsjahren abzeichnete, und der habsburgische Staat zu zerfallen drohte, startete Kaiser Karl einen letzten Versuch zur Rettung der Monarchie.

Kaiser Karls „Völkermanifest" vom 16. Oktober 1918[7], in dem er einen bundesstaatlichen Umbau der Monarchie propagierte, kam zweifelsohne zu spät. Ein Eindämmen der nationalistischen Agitationen bei den Tschechen, Südslawen und Polen war zu diesem Zeitpunkt undurchführbar geworden. Sie drängten alle auf die Bildung von unabhängigen Nationalstaaten und der Weg zurück in eine möglicherweise verfassungsrechtlich umgestaltete Donaumonarchie schien undenkbar.

Das kaiserliche Manifest wurde als eine Art Freibrief gesehen. Demnach konnten alle Völker des Habsburgerstaates eigenständig ihre Wege gehen. Und die Kriegsgegner taten wiederum alles, um die stetig wachsende Zersetzung der Monarchie voranzutreiben.

Dazu kam noch, dass zum einen die Armee als die Hauptstütze der Monarchie zu zerfallen und zum anderen die Loyalität zur Dynastie selbst in konservativen bürgerlichen und bäuerlichen Kreisen aufgrund der wirtschaftlich äußerst gespannten Lage zunehmend zu schwinden begann.

Das Manifest sah vor, dass die Österreichisch - ungarische Monarchie als ein Bund freier Nationen fortbestehen sollte. Die darin enthaltene Aufforderung zur Bildung von eigenständigen Parlamenten, die sich aus den Reichsratsabgeordneten der einzelnen Nationalitäten rekrutieren sollten, gab den Anstoß zur erstmaligen Zusammenkunft aller deutschen Abgeordneten des Österreichischen Reichsrates am 21. Oktober 1918 im Niederösterreichischen Landhaus in Wien.

Diese Versammlung konstituierte sich in ihrer ersten Sitzung als *Provisorische Nationalversammlung für Deutschösterreich*. Sie war die parlamentarische Vertretung aller Deutschen Cisleithaniens.[8]

Provisorisch wurde sie genannt, weil den 208 noch lebenden, im Jahr 1911 gewählten Abgeordneten der deutschen Reichsratswahlbezirke die Legitimationsgrundlage fehlte. Ihr politisches Mandat war längst abgelaufen.[9]

Die Provisorische Nationalversammlung wählte einen Provisorischen Staatskanzler.[10] Sie setzte ferner sechs Ausschüsse ein, unter anderem einen Vollzugsausschuss und einen Verfassungsausschuss. Der Vollzugsausschuss wurde mit der Ausarbeitung einer Verfassung des neu zu gründenden deutschösterreichischen Staates beauftragt, und der Verfassungsausschuss mit der Vorbereitung der Wahl zur Konstituierenden Nationalversammlung.[11]

Damit war der künftige Weg vorgezeichnet: Eine erste Verfassungsgebung durch die Provisorische Nationalversammlung selbst, sodann Wahl einer Konstituierenden Nationalversammlung zum Erlass der endgültigen Verfassung.[12]

Dieser Weg war allerdings nicht jener des „Völkermanifests". Die Vorbereitungen zur Gründung eines eigenen Staatswesens - unabhängig von Österreich-Ungarn - liefen auf Hochtouren.

Dem Vollzugsausschuss, dem alle in der Provisorischen Nationalversammlung vertretenen Parteien angehörten, wurde die gesamte Regierungsgewalt übertragen. Mit dieser Konstruktion verließ man das Konzept der klassischen Gewaltenteilung zwi-

---

5 SCHEFBECK, G., Staatsgründung. In: BRAUNEDER, W./ LESER, N. (Hrsg.), *Staatsgründungen 1918*, S. 45-46.

6 Zu den Mittelmächten gehörten Österreich-Ungarn und das Deutsche Reich. Das osmanische Reich und Bulgarien schlossen sich diesem Militärbündnis an. Kriegsgegner der Mittelmächte war die Entente (Frankreich, Großbritannien, Russland, ab 1915 unter anderem Italien).

7 Extra-Ausgabe Wiener Zeitung, 17. 10. 1918, S. 240.

8 Cisleithanien wird seit 1915 offiziell „Österreich" genannt.

9 Im 1911 gewählten Reichstag gab es 216 Abgeordnete der deutschen Reichsratswahlbezirke. 102 Abgeordnete gehörten dem deutschnationalen, 72 Abgeordnete dem christlichsozialen und 42 Abgeordnete dem sozialdemokratischen Lager an. Diese Mandatsverteilung spiegelte nicht die politische Stimmung der Bevölkerung des Jahres 1918.

10 Provisorischer Staatskanzler wurde der Bibliotheksdirektor des österreichischen Reichsrates, Karl Renner.

11 Die Wahl zur Konstituierenden Nationalversammlung war für Jänner 1919 anberaumt.

12 BRAUNEDER, W., Die Provisorische und die Konstituierende Nationalversammlung der Jahre 1918 bis 1920. In: BRUCKMÜLLER, E. (Hrsg.), *Parlamentarismus in Österreich*, Wien, 2001, S. 113.

schen Gesetzgebung und Vollziehung, und gab es zugunsten der gesetzgebenden Gewalt auf.

Die Provisorische Nationalversammlung legte in ihrer zweiten Sitzung am 30. Oktober 1918 den Grundstein für den neuen Staat Deutschösterreich. Sie fasste, basierend auf einem von Staatskanzler Renner innerhalb von wenigen Wochen konzipierten Verfassungsentwurf, den *Beschluss über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt*, kundgemacht im Staatsgesetzblatt als Nummer 1!

§ 1 des „Staatsgründungsbeschlusses" normiert, dass *einstweilen die oberste Gewalt des Staates Deutschösterreich durch die aufgrund des gleichen Wahlrechtes aller Bürger gewählte Provisorische Nationalversammlung ausgeübt wird*.

Die Provisorische Nationalversammlung war weder nach der Dezemberverfassung 1867 noch aufgrund des kaiserlichen Manifests ermächtigt, einen selbstständigen Staat auszurufen. Durch den Bruch mit der alten Verfassung entstand der Staat Deutschösterreich durch einen revolutionären Akt im rechtlichen Sinne.

Nach § 1 leg cit lag die gesamte Staatsgewalt beim Volk und wurde von diesem auf die Nationalversammlung übertragen. Neben der Gesetzgebung[13] wurde die oberste vollziehende Gewalt in Form eines gewaltenverbindenden Verfassungsmodells im § 3 leg cit neu geregelt: *Mit der Regierungs- und Vollzugsgewalt betraut die Provisorische Nationalversammlung einen Vollzugsausschuss, den sie aus ihrer Mitte bestellt. Der Vollzugsausschuss führt den Titel Deutsch-österreichischer Staatsrat.*[14]

Mit diesem Gründungsbeschluss legte die Provisorische Nationalversammlung geradezu lehrbuchartig die Hauptgrundsätze der künftigen Verfassung fest.[15]

Deutschösterreich fehlte eine Rechtsordnung. Es stellt sich nun die Frage nach der Rechts- und Behördenüberleitung:

§ 16 leg cit regelt die Rezeption folgendermaßen: *Insoweit Gesetze und Einrichtungen, die in den im Reichsrat vertretenen Königreichen und Ländern in Kraft stehen, durch diesen Beschluss nicht aufgehoben oder abgeändert sind, bleiben bis auf weiteres in vorläufiger Geltung.* Mit Ausnahme von wenigen grundlegenden Verfassungsbestimmungen setzt § 16 leg cit die gesamte altösterreichische Rechtsordnung und Behördenorganisation im Staat Deutschösterreich in Kraft.[16]

Die Diskontinuität auf völkerrechtlicher und staatsrechtlicher Ebene wurde hier mit der Kontinuität der übrigen Rechtsordnung verbunden.[17] Vermerkt sei, dass sich die Diskontinuität der Verfassung vorrangig auf das Staatsrecht im engeren Sinne bezog, denn fast alles, was Österreich-Ungarn auf Grundlage der Dezemberverfassung 1867 zum Rechtsstaat machte, wie beispielsweise Grund- und Freiheitsrechte, die Bindung an Verfassung und Gesetz oder die Normenkontrolle, wurde übernommen und schrittweise modifiziert. Unbestritten war die demokratische Struktur des neu geschaffenen Staates. Fraglich war, welche Staatsform der neue Staat bekommen sollte.

Während die bürgerlichen Parteien vor allem das christlichsoziale Lager zunächst eine demokratische Monarchie präferierten, traten die Sozialdemokraten von Anfang an für die Ausrufung einer Republik ein. Innerhalb von wenigen Wochen, wenn nicht Tagen schwenkte auch das bürgerliche Lager um und kehrte der Monarchie beziehungsweise dem monarchischen Prinzip aus unterschiedlichen Gründen gänzlich den Rücken.

Das Kriegsende und die damit verbundene Zerschlagung des Habsburgerreiches in Nachfolgestaaten, der Zerfall der k. k. Armee, die wachsende Unzufriedenheit der österreichischen Bevölkerung mit dem Habsburgerregime, ausgelöst durch die äußerst schlechte Versorgungslage, und letztendlich auch die Ausrufung der Republik im Nachbarstaat Deutschland am 9. November 1918 mit der Abdankung des deutschen Kaisers Wilhelm II. führten zu einer durchaus innenpolitisch sehr angespannten, um nicht zu sagen vorrevolutionären Situation.

Angesichts des drohenden Zusammenbruchs erklärten sich alle bürgerlichen Parteien zur Zusammenarbeit mit der österreichischen Sozialdemokratie und der Arbeiterbewegung bereit.

Es galt nun die primär von der Sozialdemokratie propagierten Ziele wie beispielsweise die Einführung der republikanischen Staatsform und die fortschreitende Demokratisierung des Staates, insbesondere im Wahlrecht, umzusetzen. So fanden diese politischen Forderungen ihren rechtlichen Niederschlag im *Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform*, StGBl 5/1918.

Die Staatsgründung vom 30. Oktober schuf zwar einen neuen Staat, beendete jedoch nicht die bestehende Monarchie Österreich-Ungarn.[18] Die Regierungs- und Vollzugsgewalt wurde vom Vollzugsausschuss Deutschösterreichs und parallel dazu vom Kaiser ausgeübt, sodass Kaiser Karl nichts anderes übrig blieb, unmittelbar vor Ausrufung der Republik eine Verzichtserklärung abzugeben.

Am 11. November 1918 übernahm Kaiser Karl in seiner Erklärung keine persönliche Verantwortung für den Kriegsausbruch und erinnerte an seine Bemühungen, seine *Völker aus den Schrecknissen des Krieges herauszuführen.* Er wolle aber seine *Person nicht als Hindernis entgegenstellen* und erkenne *im Voraus die Entscheidung an, die Deutschösterreich über seine künftige Staatsform trifft.* Der letzte regierende Habsburger nahm zur Kenntnis, dass *das Volk durch seine Vertreter die Regierung übernommen hat.* Er verzichtete *auf jeden Anteil an den Staatsgeschäften* und enthob seine österreichische Regierung ihres Amtes. Das Wort " Abdankung" sucht man in dieser Erklärung vergeblich. Ein Thronverzicht war damit zweifelsohne nicht erfolgt.

Unmittelbar nach dem Regierungsverzicht des Kaisers beschloss die Provisorische Nationalversammlung in ihrer dritten

[13] § 2 StGBl 1/1918.
[14] Nähere Regelungen betreffend die Konstituierung des Staatsrates finden sich in den § 4 und 5 StGBl 1/1918.
[15] BRAUNEDER, W., Die Provisorische und die Konstituierende Nationalversammlung. In: BRUCKMÜLLER, E. (Hrsg.), *Parlamentarismus*, S. 116.
[16] Näher LEHNER, O., *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Linz, 1992, S. 242-243.
[17] WELAN, M., Erinnerungen an 1918: Von der Monarchie zur Republik. Kontinuität und Diskontinuität. In: BRAUNEDER, W./ LESER, N. (Hrsg.), *Staatsgründungen 1918*, S. 32-33.
[18] Dazu BRAUNEDER, W., *Deutsch-Österreich 1918*, S. 117-120.

Sitzung am 12. November 1918 einhellig das *Gesetz über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich.*

Art 1 leg cit lautet*: Deutschösterreich ist eine demokratische Republik. Alle öffentlichen Gewalten werden vom Volke eingesetzt.* Das Bekenntnis zur Demokratie und Volkssouveränität war nicht neu, das zur republikanischen Staatsform hingegen schon.

Staatskanzler Renner kommentiert den Art 1 leg cit in der Sitzung vom 12. November, wie folgt: *Der Wiederaufbau bedürfe der freien Zusammenarbeit aller Kräfte. Bedingung dafür sei aber die volle Demokratie. Deutschösterreich zu einer Republik zu erklären, sei daher eine Notwendigkeit nach innen und nach außen*.[19]

Für weite Teile der Bevölkerung war die Frage nach der Staats- und Regierungsform nicht die dringlichste. Die Frage nach der Sicherung des eigenen Überlebens trat aufgrund der katastrophalen wirtschaftlichen Lage in den Vordergrund.

Auch die politisch Handelnden aus allen politischen Lagern glaubten nicht an die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit eines österreichischen Kleinstaates, sie suchten alle das ökonomische, nicht das politische Heil in einem Anschluss an Deutschland.[20]

So formuliert Art 2 leg cit in aller Klarheit *Deutschösterreich ist ein Bestandteil der deutschen Republik.* Entgegen seinem Wortlaut kam es nicht zum Anschluss an Deutschland. Die junge Deutsche Republik stimmte dem nicht zu, und es gab dazu auch keine korrespondierende Norm.[21] Art 2 leg cit war daher staats- und völkerrechtlich nicht relevant und infolgedessen reduziert sich seine Interpretation lediglich auf eine politische Bekundung des Anschlusswillens.

Art 3 bis Art 8 leg cit beziehen sich auf die Liquidation der Monarchie: Alle Rechte des Kaisers wurden dem deutsch-österreichischen Staatsrat übertragen, die k. k. Ministerien aufgelöst, die Vorrechte der Familie Habsburg aufgehoben, Beamte und Soldaten des dem Kaiser geleisteten Treueeides entbunden, alle politischen Vorrechte aufgehoben, das Herrenhaus und die bisherigen Landtage abgeschafft.

Nach Art 9 leg cit war die Wahl zur Konstituierenden Nationalversammlung für Jänner 1919 geplant. Die Wahlordnung musste noch von der Provisorischen Nationalversammlung beschlossen werden und sollte auf dem Verhältniswahlrecht beruhen. Auch Neuwahlen der Landes- und Gemeindevertretungen wurden angeordnet.[22]

Das allgemeine, gleiche, direkte und geheime Stimmrecht aller Staatsbürger ohne Unterschied des Geschlechts wurde im Art 9 leg cit verankert und hat bis heute nichts an Aktualität eingebüßt.[23] Das neue Wahlrechtssystem sowie die Wahlgrundsätze galten gleichermaßen für die künftigen Wahlen der Landes- und Gemeindevertretungen.

Ab diesem Zeitpunkt hatten auch die Frauen die Möglichkeit das aktive und das passive Wahlrecht auszuüben.[24] Durch die Einführung des Frauenwahlrechts erfuhr der junge österreichische Staat einen weiteren Demokratisierungsschub!

3. Das Verhältnis zwischen Staat und Ländern vor und nach der Staatsgründung

Am 22. Oktober 1918 traten unter dem Vorsitz des niederösterreichischen Landmarschalls, Prinz Alois v. Liechtenstein, politische Vertreter der Länder Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg im niederösterreichischen Landhaus zur ersten Länderkonferenz zusammen.[25]

In dieser Sitzung wurde die Konstituierung der *Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich* vom 21. Oktober ausdrücklich begrüßt. Die Ländervertreter erklärten sich bereit, an der Aufrechterhaltung der Verwaltung mitzuwirken - bei gleichzeitiger Aufforderung an die Zentralgewalt, die Rechte der autonomen Landesverwaltung zu wahren. Sie forderten darüber hinaus einen demokratischen Ausbau der Länderinstitutionen, insbesondere sollte die Arbeiterschaft in den jeweiligen Landesausschüssen nach dem Proporzsystem vertreten sein.

Das Memorandum der deutschsprachigen Kronländer vom 22. Oktober war für den weiteren Fortgang der staatlichen Entwicklung von eminenter Bedeutung. Es brachte den Willen der Ländervertreter an der Mitgestaltung eines föderalistisch aufgebauten Staates deutlich zum Ausdruck.

Bereits am 25. Oktober befasste sich der Vollzugsausschuss der Provisorischen Nationalversammlung mit dem Beschluss der Länderkonferenz. Er stellte an die Nationalversammlung den Antrag auf Berufung von provisorischen Landesversammlungen und Landesausschüssen und verwies darauf, dass *die Länder in der gegenwärtigen Staatskrise einer provisorischen Vertretung bedürfen*.[26]

Zu einer Abstimmung dieses Antrages des Vollzugsausschusses kam es nicht mehr. Denn auf Initiative des Staatskanzlers forderte der Vollzugsausschuss die Länder bereits am 29. Oktober auf, provisorische Landesversammlungen zu bilden, Beitrittserklärungen zu Deutschösterreich abzugeben und provisorische Landesverfassungen zu beschließen.[27]

Nicht nur auf staatlicher Ebene sondern auch auf Länderebene stellte sich das Legitimationsproblem. Die alten Landtage, welche nach dem Kurienwahlrecht gewählt worden waren, wur-

[19] Sten. Prot. der 3. Sitzung der Provisorischen Nationalversammlung, 12. 11. 1918, S. 70.
[20] SCHEFBECK, G., Staatsgründung. In: BRAUNEDER, W./ LESER, N. (Hrsg.), *Staatsgründungen 1918*, S. 75-78.
[21] LEHNER, O., *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, S. 246.
[22] Näher MADERTHANER, W., Die österreichische Revolution. In: KONRAD, H. (Hrsg.), *1918-2018. Die Anfänge der Republik Österreich im internationalen Kontext*, Wien, 2018, S. 20.
[23] Im B-VG 1920, BGBl 1/1920, kam noch der Grundsatz des persönlichen Wahlrechts hinzu.
[24] Das allgemeine und gleiche Männerwahlrecht wurde bereits 1907 eingeführt.
[25] BERCHTOLD, K., *Verfassungsgeschichte der Republik Österreich*, Band 1: 1918-1933, Wien, 1998, S. 39-40.
[26] Arbeiter-Zeitung, 26. 10. 1918, S. 2. Beschlussprotokoll der 7. Sitzung des Vollzugsausschusses, 25. 10. 1918.
[27] KÖFNER, G., Eine oder wie viele Revolutionen? Das Verhältnis zwischen Staat und Ländern in Deutschösterreich im Oktober und November 1918. In: *Jahrbuch für Zeitgeschichte,* 1979, S. 136-137.

den seit Kriegsbeginn nicht mehr einberufen. So kamen die politischen Parteien in den einzelnen Ländern überein, an Stelle der Landtage nach dem bei der Reichsratswahl von 1911 zum Ausdruck gekommenen Stärkeverhältnis der Parteien zusammengesetzte provisorische Landesversammlungen einzuberufen und provisorische Landesausschüsse zu konstituieren.[28]

Die geschichtlichen Ereignisse zeigen in aller Deutlichkeit, dass die neue Zentralgewalt - konkret der Vollzugsausschuss - seit dem 21. Oktober fast täglich „Länderpolitik" betrieb, und die Zusammenarbeit zwischen Staat und Ländern bis dato gut funktionierte.

Ein revolutionäres Verhalten der Länder gegenüber der Zentralgewalt ist zu diesem Zeitpunkt nicht feststellbar. Die Länder forderten nicht die Souveränität; sie forderten lediglich ihren Stellenwert als Gemeinwesen innerhalb eines dezentralisierten Einheitsstaates. Diese Landesgewalt des neuen Staates umfasste wie bisher die autonome Landesgewalt und die staatliche Verwaltung im Land.[29]

Die Staatsgründung am 30. Oktober sollte auf der Grundlage nicht nur des Selbstbestimmungsrechtes des Volkes, sondern auch der Länder erfolgen.[30] Staatskanzler Renner sah die Länder gewissermaßen als Bausteine des neuen Staates und wollte ihnen ihre historische Individualität nicht nehmen.[31] Unrichtig und als überholt erscheint in diesem Zusammenhang die Auffassung, die Landesgewalten hätten sich originär als Ausdruck eines wiedererstarkenden Souveränitätsbewusstseins der Länder gebildet.[32]

In der ersten Novemberhälfte kam es in fast allen historischen Ländern[33] zum Machtwechsel. Jedes Land erklärte eigenständig durch Kundmachung der jeweiligen Landesverfassung den Beitritt zum Staat Deutschösterreich.

Die Beitrittserklärungen der Länder[34] zeichnen sich überwiegend durch eine inhaltliche Konformität aus. Die Länder werden als gesonderte eigenberechtigte Provinzen des Staates Deutschösterreich angesehen. In den Beitrittserklärungen wird die Provisorische Nationalversammlung als oberstes Gesetzgebungsorgan und der von ihr eingesetzte Staatsrat als oberstes Vollzugsorgan anerkannt.

Der Verlauf des Machtwechsels auf Länderebene verlief aus Sicht der Zentralgewalt weitgehend nach Plan und in Kooperation mit dem Staatsrat. Die Loslösungstendenzen von den alten landesfürstlichen Regierungen im Zeitraum von Oktober bis Anfang November gestalteten sich in den jeweiligen Ländern unterschiedlich.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse und Voraussetzungen sowie die oberste Führung der staatlichen Verwaltung in Bezug auf die Kriegsbewirtschaftung waren von erheblichem Einfluss auf den Verlauf der Umsturzereignisse in den Ländern.[35]

Am 12. November 1918 - am Tag der Ausrufung der Republik - *nahm* die Provisorische Nationalversammlung in Beschlussform die *feierlichen Beitrittserklärungen der Länder, Kreise und Gaue des Staatsgebietes,* kundgemacht im StGBl 23/1918, *zur Kenntnis* und *stellte diese Gebiete des Staates unter den Schutz der ganzen Nation.*

Die Beitrittserklärungen der Länder[36] waren rechtlich kaum fassbar.[37] Aber sie verfehlten nicht ihre innen- und außenpolitische Wirkung. Sie zeigten insbesondere der Weltöffentlichkeit den beanspruchten Territorialumfang des neuen Staates noch vor dessen verfassungsgesetzlicher Festlegung.[38]

Unmittelbar danach, am 14. November erging das Gesetz *betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern*, StGBl 24/1918. Dieses Gesetz bildete die rechtliche Grundlage zur Schaffung einer neuen Landesorganisation. Ohne Mitwirkung auf Länderebene wurde in die provisorischen Landesordnungen eingegriffen. In den einzelnen Ländern machte sich daher erster Unmut über die Vorgehensweise der Staatsregierung breit.

Anstelle der bisherigen Landtage traten die provisorischen Landesversammlungen und anstelle der Landesausschüsse die von der Landesversammlung gewählten Landesräte. Jede provisorische Landesversammlung wählte aus ihrer Mitte den Landeshauptmann und durch Verhältniswahlen zwei bis vier Stellvertreter. Sie bildeten als Gremium die Landesregierung. Der Landesregierung unterstand die bisherigen Landesbehörden[39]. Die k.k. Statthalter und k.k. Landespräsidenten wurden abberufen.

Die Doppelgleisigkeit der bisherigen Landesverwaltung wurde abgeschafft. Die Teilung der öffentlichen Verwaltung in landesfürstliche und autonome wurde aufgehoben. Bis zur Durchführung der beabsichtigten Verwaltungsreform blieben die Agenden des Landesrates und der Landesregierung jedoch voneinander getrennt.

Gerade das System der doppelgleisigen Verwaltung auf Landesebene - das Nebeneinander eines staatlichen[40] und eines autonomen Verwaltungsapparates - war bereits vor Ausbruch des Krieges stark reformbedürftig. In der Bevölkerung erschien die autonome Verwaltung als die volkstümlichere. Sie war - gestützt auf den Landtag und die „freien Gemeinden" - näher beim Bürger, darüber hinaus war sie effizienter und weniger bürokratisch.

---

[28] SCHEFBECK, G., Staatsgründung. In: BRAUNEDER, W./ LESER, N. (Hrsg.), *Staatsgründungen 1918*, S. 68.
[29] BRAUNEDER, W., *Deutsch-Österreich 1918*, S. 94-95.
[30] BERCHTOLD, K., *Verfassungsgeschichte der Republik Österreich*, S. 40-41.
[31] SCHEFBECK, G., Staatsgründung. In: BRAUNEDER, W./ LESER, N. (Hrsg.), *Staatsgründungen 1918*, S. 72.
[32] Weiterführend LEHNER, O., *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, S. 241.
[33] Mit Ausnahme der Länder Niederösterreich und Tirol. In Niederösterreich hielt man die Staatszugehörigkeit zu Deutschösterreich für selbstverständlich. Tirol hingegen hielt zwecks Erhaltung der Landeseinheit auch andere staatsrechtliche Konstruktionen für möglich.
[34] Siehe beispielsweise für Salzburg Slbg LGBl 59/1918.
[35] KÖFNER, G., Eine oder wie viele Revolutionen? In: *Jahrbuch für Zeitgeschichte*, 1979, S. 135.
[36] Ihnen fehlte jegliche Rechtsgrundlage. Faktische Grundlage war der Auftrag des Vollzugsausschusses auf Initiative des Staatskanzlers.
[37] Ausführlich KÖFNER, G., Eine oder wie viele Revolutionen? In: *Jahrbuch für Zeitgeschichte*,1979, S. 149- 150.
[38] SCHEFBECK, G., Staatsgründung. In: BRAUNEDER, W./ LESER, N. (Hrsg.), *Staatsgründungen 1918*, S. 69.
[39] = Statthaltereien oder Landesregierungen.
[40] = landesfürstlichen.

Mit Einsetzen der staatlichen Kriegsbewirtschaftung wurde die Selbstverwaltung der Länder erheblich eingeschränkt und ihre Organe oftmals zu „Erfüllungsgehilfen" der Zentralgewalt herabgestuft. Die Landtage wurden schon seit Kriegsausbruch 1914 nicht mehr einberufen. Der massive Autoritätsverlust der staatlichen Landesbehörden ging mit der sukzessiven Ausschaltung einer aktiven Mitwirkung der Organe der Selbstverwaltung durch die Zentralgewalt einher.

Die Unzufriedenheit der Bevölkerung mit dem monarchischen System im Allgemeinen und das Misstrauen der Bevölkerung in die landesfürstliche Verwaltung im Besonderen - vor allem ausgelöst durch das oftmalige behördliche Versagen bei der Versorgung mit Lebensmitteln und sonstigen Bedarfsartikeln - hatten die Umsturzereignisse in den einzelnen Ländern erheblich beeinflusst und beschleunigt.

4. Resümee

Nach dem kriegsbedingten Zusammenbruch der Habsburgermonarchie kam es in den Herbstmonaten 1918 in Österreich/Cisleithanien zu schweren politischen Unruhen, die glücklicherweise nicht in eine Revolution im klassischen Sinne mündeten. Denn die Bildung des neuen Staates war weder lang vorbereitet, entsprang nicht dem ursprünglichen Willen der Bevölkerung oder einer Verschwörung einer aktiven Minderheit und war auch nicht einem gewaltsamen Widerstand des alten Staates ausgesetzt.[41]

Dennoch gab es revolutionäre Aspekte am Weg von der Monarchie zur Republik - sowohl auf Ebene des Gesamtstaates als auch auf Länderebene. In dieser Arbeit wurde im Besonderen das juristisch Revolutionäre aufgezeigt - also die Staatsgründung durch gänzlichen Bruch mit der alten Verfassung und der Staatsform.

Der Übergang vom habsburgischen Vielvölkerstaat zur Republik Deutschösterreich war geprägt von einer äußerst engen Kooperation zwischen den zentralen Stellen und jenen der historischen Länder. Erst ab Mitte November 1918 - nach Ausrufung der Republik - fand eine wachsende Entfremdung der Länder zur deutschösterreichischen Regierung in Wien statt.[42]

Abschließend sei vermerkt, dass zu keinem Zeitpunkt der Staatsgründungsphase seitens der Länder die Souveränität nach außen beansprucht wurde. An der Autonomie in Gesetzgebung und Verwaltung innerhalb der Grenzen eines dezentralisiert organisierten Einheitsstaates[43] wurde jedoch stets festgehalten.

[41] LESER, N., Gab es 1918 eine österreichische Revolution? In: BRAUNEDER, W./ LESER, N. (Hrsg.), *Staatsgründungen 1918*, S. 25.
[42] Weiterführend KÖFNER, G., Eine oder wie viele Revolutionen? In: *Jahrbuch für Zeitgeschichte,* 1979, S. 151-154.
[43] Das bundesstaatliche Prinzip war der Provisorischen Verfassung noch fremd.

The Low-Empire Society in Diocletian's Legislation

Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades *

Abstract

The rescripta made by the Diocletian's chancellery and collected by Justinian and Theodosian Codices give us a lot of information about the life of the people in the Roman low Empire. We try to use it to confirm or deny the established topics by historiography about the economy and society in the beginning of the fourth century. From the legal sources we can know that the economy was not so ruinous than we can imagine, the social scale was mainly based in the Army and the nuclear family played an important role, with an unexpected prominence of women

Keywords: *Diocletian; roman low empire; society; economy; women role; roman family; slavery.*

1. Introduction

This paper has the purpose of contrasting the topics adopted by historiography about society in the lower Roman Empire, which are based on literary, archaeological and artistic sources, with the content of legal sources, in order to to confirm those main assumptions. This aims to follow on the research line opened in 2006 by the Roman law's area of the University of Murcia, under the direction of Antonio Díaz Bautista, in which we try to make an understandable study of the legislation of Diocletian and the social circumstances of the imperial chancellery.

The Low Roman Empire is the time that pass between the rise to power of Diocletian (284 AD) and the deposition of Romulus Augustulus (476 AD) we see these changes in the III century that complete about the VI, having to count the crisis that took place after the death of Severus Alexander (238 AD). Since then the Empire suffered a decline that finally gives a pass to the high Middle Ages.

Historians try to systematize history based on specific events that mark the change from one era to another. However, social transformations do not follow the course of historical events, and just as they take shape long before they are revealed, so do they continue to have an impact beyond the events that produce history.

Thus, the society established by Augustus, from traditional family roles, broke down long before Diocletian came to power and gave rise to another social order that will also differ from that which characterized early medieval European society.

Comparing it to the glory of the classical world and partly due to the influence of the "dark middle ages", we consider the lower empire as a period of decadence of the classical world. An apocalyptic period of ruins, fires, religious fights, and blood-thirsty barbarians. This image comes from Christian authors who describe precisely what they expect. Christian theology augured the end of the world, the punishment of sins and the advent of the Last Judgment and reflected, in describing their present, what they believed.

The study of legal institutions through extra-legal, literary, epigraphic or archaeological sources is frequent in modern romantic doctrine. However, this paper aims to explore, in the case of the post-classical period, a diametrically opposed line, like the extra-juridical, sociological analysis of legal sources. Finally, it is verifying in the legal texts the signs that confirm or deny what historiography has already witnessed by other means.

This method, despite not being widely explored, is not new, and Brown (1997) makes use of it to establish his thesis that the pillar on which the triumph of Christianity was based was precisely the Roman law. This work is just a starting point; the beginning of an research that will undoubtedly take many years of work and study and whose fruits will be published as they are proved and merged.

We know that this method has a serious unbridgeable lack: we can only know those legal sources that came to us: Basically, the texts of the Justinian Codex, the Fragmenta Vaticana and the Theodosian Codex. These collections do not include all the jurisdictional activity of the period studied; it is possible they do not even collect all the constitutions emanating from the imperial chancelleries; there have been irreparable losses, fires or devastations. In addition, the compilers' systematic do not allow us to know the geographic place where the conflict took place, so we take the risk of generalising realities that perhaps only occurred in certain parts of the Empire (see Goldsworthy, 2009, page 190 ff). Therefore, most of our conclusions will be mere conjectures, approximations or qualifications to the his-

* Adolfo A. Díaz-Bautista Cremades, PhD, Professor of Roman Law, Universidad de Murcia, Spain.

torical truth established by other sources. We do not aspire to write, with the sole basis of juridical sources, a complete portrait of the under-imperial society, but only to verify the presence in the legal sources of evidence that corroborate or qualify the established realities. Brown (2012, page 36) warns that the crisis of the third century was lived in a different way around the Mediterranean (where Romanization and Pax Romana were a fact) and the marginal areas of the empire (Germania, Armenia, Iran) where war was a constant. Unfortunately it is almost impossible for us to know the territorial origin of the rescripta so the legal sources cannot help us contrast these differences, although some conclusions can be drawn from them about the life, the economy, the family and the social status of the woman in the fourth century.

The low-Empire extends, as some say, since the rise to power of Diocletian (284 AD) until the fall of the West occurred in 476 AD with the deposition of Romulus Augustulus, although the reign of Justinian (527-565) can be considered an epilogue of this period. In this way, our aspiration is to use the method announced to examine society throughout this period. However, in the current stage we focus our research on the legal production of the Diocletian chancellery, on which we have worked previously, and we have the tools to undertake the task.

2. Economy and Finance

Brown points out (cit, page 38) that the ever-increasing fiscal pressure characteristic of this period inexorably shaped the structure of Roman society in the fourth and fifth centuries. The Irish author shows that in the fourth century taxation reached over one third of a farmer's output (Ibid. Page 46). This was the cause — the aforementioned historian points out — of increasing social differences, creating an enormously wealthy society and a numerous, poor class. The legal texts are not useful to know the social structure because we assume that only the upper class could resort to imperial justice, what they seem to show is that the fourth century is not, globally, the economic wasteland that sometimes it has showed the historiography taken, perhaps, by the apocalyptic visions of the Christian authors of the time.

It would seem that fiscal policy would have been the main object of concern both in the imperial chancellery and in the legal and social life of citizens. However, legal sources offer us another perspective. Of all the known fragments of Diocletian (1216 texts), only seven appear in the Code, specifically dedicated to the management of taxes. This is C.11. 55. 1 (undated), C.2. 17. 4 (294), C.4. 15. 4 (293), C.2. 17. 3 (293), C.4. 46. 2 (undated), C.10. 1. 5 (undated) and C.10. 3. 4 (290), as we have already developed more extensively in Díaz-Bautista Cremades (2015, page 557).

Among them, a good part (C.11. 55. 1, C.2. 17. 4, C.4. 15. 4 and C.2. 17. 3), should delimit the action of the Treasury preventing abuse of the collectors or damages to other creditors In addition, C.10. 1. 5 establishes that only with the prior authorisation of the Augustus, the Treasury can take possession of the debtor's assets, and in C.2. 17. 3, the Emperors prohibit using the treasury to claim a particular debt; is this possible that private creditors of a tax debtor try to use an executive action of the treasury, speedier than private, to get payment of their claims.

Regard to a financial activity, the classical academic literature stated that the fourth century saw a generalised economic collapse, the coined money practically disappeared, and the economy enters a recessionary phase of mere subsistence, however, modern historiographical and legal studies show it is not true, and that at least during the domination of Diocletian there was an economic flourishing in some areas of the Empire.

Considering the fragments referring to the *mutuum* (8), including those dealing specifically with the problem of the accrual and collection of interest (6 texts) and those referred to the variant *foenus nauticum* (4), we locate in the sources eighteen fragments destined to regulate ~~ing~~ the loan of money, all of them corresponding to the years 293 and 294 AD. To these must be added two texts — C.4. 34. 7 (undated) and C.4. 34. 8 (293) — relating to *depositum irregulare*, which, as is well-known, is actually a *mutuum* called *depositum* to facilitate the collection of interests. Such number of texts relative to this institution, in relation to other analogous figures, allows us to verify a discreet credit activity, although the proportion with the total of conserved fragments (1216) shows that the monetary loan was not the engine of the economy at the dawn of the fourth century. In addition, in the compilations many other fragments dedicated to contracts that reflect economic transactions appear, like real guarantees (over 50 fragments dedicated to the *pignus*), bonds and sales.

3. Political structure

The structure of the Diocletian Empire constrained citizens to assume a series of personal and patrimonial burdens based on their wealth. On an indeterminate date, but within the Diocletian government, a specific legislation was drawn up defining the concepts of a citizen, inhabitant and transient[1], based on an edict of Adrian[2].

The set of fragments relating to this provision of "charges" and "charges revolves" around the need to provide these services under conditions of equality (including gender equality[3]) and a detailed list of the causes of exemption or excuse as it can be examined in Díaz Bautista (2013, page 25).

The ironclad legislation that ordered the positions of public management to the most affluent citizens (assuming with a high cost) allowed exempting the sick, those over 50, the athletes, the poor, the veterans of the army, teachers and those under 25, especially if they studied law[4]. The doctors, the tutors or the players of hydraulic organs, are forced to assume the public positions that correspond to them

[1] This concept of "transient" defined in C.10. 40. 3, passed to canonical legislation (cn 100 Codex 1983) and modern administrative legislation.
[2] Noted in C.10. 40. 7
[3] So set C.10. 52. 5, C.10. 42. 9
[4] Cfr. C.10. 50. 1

4. Army

Because of the crisis of the third century, from which it was only possible to leave by a military revolution (Brown, cit, page 38), the civil administration of the empire was replaced by the military organisation, which had as its first effect, a "democratisation" of access to power. The military scale of power is based on a meritocracy in military service and not on the surname or the nobility of blood. In this way it can be understood that Diocletian became emperor as the son of a freedman, Galerius would have been a shepherd or Constantius Chlorus had a humble origin.

This new ruling class, which had agreed to power by arms, tried to relate to the classical period through education and culture. Theirs are the works of art that have survived of these days.

In the legislation of Diocletian we find fragments that reveal the social condition of the soldiers and the concern of the chancellery to grant a privileged status to those who make possible the status of power. Thus, the soldiers and their wives appear immune to the acquisitive prescription of third parties, although they remain for a long time in the campaign (C.2. 51. 2 (290 or 293)); in addition, military officers with honours (and all veterans are understood to be honoured) are exempt from the charges they imposed on citizens (C.10. 55. 3 (undated)). The Emperor also declares that they are exempt from the usual torments in judicial proceedings (C.9. 41. 8 (undated)), unless they have been ignominiously licensed. Although, the military honour also forces them to maintain a certain attitude, as shown in C.4. 52. 4 (undated) where a soldier is warned that he should not claim from his brother the part corresponding to the sale price of a common good, even though the latter would have sold it without the consent of the plaintiff, because *nec militari gravitati convenit*.

5. Family and women

Modern sociology (Vid. Beck-Gernsheim, 2003, page 132) argues that the nuclear family is a creation of nineteenth-century industrialisation, but the analysis of the evolution of the family in the Roman world shows an evolution from the extended family model to the nuclear model fully established at the time we are studying.

In the late family's system the role of the *mater familias* as a producer of legal acts and litigant increases[5], appearing as a subject of legal acts in almost as many rescripta as the *pater*[6], bearing in mind that only on thirteen occasions refers to a paterfamilias in relation to grandchildren[7]. Other family relationships like an uncle-nephew only appear sporadically in the texts[8].

It is thus evident, from the analysis of legal sources that, although extended family relationships never disappeared, the main nucleus of legal relationships in the family is reduced to business between spouses and their children, highlighting a strengthening of the nuclear family, which may be blurred in later times, why sociology believes it was born in the 19th century.

And although the traditional terminology is maintained, the notion of children in potestate disappears as *alieni iuris,* subjects without legal personality and patrimony. Thus, the Emperor's resolutions clarify that the *filii familias* are not exempt from honours and public offices (C.10. 62. 3)[9], have contractual capacity and can be guarantors even of their father (C.4. 26. 8), or constituents of this one with full legal effects (C.4. 26. 9 (294)). *Alieni iuris* can also be recipients of *paterfamilias* donations (C.8. 53. 11 (293)).

Already in Gaius (1.115) the right of women to grant a will is recognised. But in C.6. 22. 3.1 (294) it is asked if the daughter *in potestate* can do it and although the response of the chancellery is negative *(indubitati iuris est*), the mere existence of the consultation shows that there was a social concern because it was so and it was not unreasonable to raise it, because the legal situation of the children *in potestate* is increasingly free.

While that gender equality is a modern postulate we cannot extrapolate beyond the twentieth century even as a desideratum, is dangerously reductionist claim all History is a continuum of male oppression of women. Man and woman have had different social roles from the first human communities, which does not translate into an oppression of the female gender. Even interpreting History from that vision of sexist oppression, we would have to admit that the relationship between genres over time is different, considering different phases in the History of Rome.

In this sense, as Rodríguez Ennes (2007) says, the evolution of Roman marriage at the end of the republic shows a process of "female emancipation" that was held back by the conservative policies of Augustus who tried to impose a return to traditional values through myths such as that of Lucretia embodied in the example of Livia's matron.

However, it is likely that the crisis of the third century influenced a relaxation of the traditional status implemented by Augustus and throughout the principality there was a slow but unstoppable female emancipation coinciding with the decline of the old Roman family system. In the second century after Christ, Gaius[10] spoke of the *tutor mulieris* in terms that not only reflect their obsolete character but show social rejection by these measures: *The Law of all nations has established the guardianship for the imputes, because it is according to the natural reason that is directed and protected, by a guardian the child not yet formed… But we find none reason because women of legal age are in guardianship,*

[5] Vid. Díaz-Bautista Cremades (2016), pág. 124, under the word "*mater*" appear more than 70 rescripta, the word "*mulier*" shows 22 textos, this evidence that the role of the women in the business world was generally attached to her familiar situation. Other voices like *soror*, show 28 fragments.

[6] Vid. ibid. word *pater* p. 145.

[7] Vid. Ibid word *nepos* p. 133

[8] Vid. Ibid. word *patruus* (15 matches) p. 147.

[9] Except that they coincided with his own father in the charge of *protostasia* (C.10. 62. 3), Since it is unfair to assign the charge simultaneously to two people from the same family.

[10] Inst. 1.190.

because the vulgar belief it is fair to demand women be governed by the authority of a guardian, since their fragility exposes them to frequent deceptions, it seems to us a reason more clear than real. In effect, women when they have reached the greatest age are themselves dealing with the businesses that concern them, and only in certain cases does the tutor interpose his authority by a simple formula, and often even against his liking, forced to do so by the praetor[11].

This evolution of the legal position of women has its point of arrival in the time of Diocletian. The analysis of the legal texts issued by the imperial chancellery allows us to stress a series of conclusions about the participation of women in commercial and legal life. The first question that strikes us is the amounts of inquiries regarding women. Going to the Emperor to raise legal disputes should not be a simple task in the fourth century. Only the upper layers, when faced with sufficiently important litigation, would resort to the imperial chancellery. Of the 1216 preserved texts, several hundred refer to women; or they are the applicants themselves or deal with businesses in which they are involved. One aspect in which the woman has always been subjugated to masculine power is the family. As we know, in the legal aspect, the classical Roman family was strongly patriarchal, the *pater familias* showing all the powers and faculties of the members of their clan. In this context, the daughter's marital consent would be exercised by the father, since the father lacks the power of disposition. However, we know that since ancient times the will of the couple was respected for forming a marriage.

In Diocletian's texts this marital freedom is defined in the fragments collected in C.5. 4. 12, C.5. 4. 14 and C.5. 17. 5. According to them, the bride and groom are free to decide the marriage but this cannot be celebrated against the will of the *paterfamilias*. That is, the father cannot force the son or daughter to marry but can object to it. It is therefore a right of veto. But even this negative faculty is forced and it is clarified (C.5. 17. 5) that the father cannot oppose the celebration of the wedding if he previously consented, unless there is an iusta *causa*. C.5. 4. 11 and C.5. 4. 16 pick up two particular cases: The first states that, once the marriage is celebrated, the parents cannot keep the wife in their house against their will (and clarifies and specifies the text, "Being in agreement" to and, alternatively, if the father of the fiancée opposes this one contracts marriage with the son of the one who maintains it, must take charge of the *alimenta*. The specific freedom of women to dissolve a marriage is recognised in two texts. C.5. 17. 5.1, of year 294, proclaims: No constitution forces the woman to return, against her will, with her husband. In the same sense is pronounced C.5. 1. 1, of 293, when declaring the freedom of the woman, if she wishes to finish the marriage, contracting new marriage. The prohibition that the father or the mother can finish the marriage of the daughter is gathered in C.5. 17. 5.2 and C.5. 17. 5. 4.

Divorce, therefore, as in our day under Spanish law, was free for both husband and wife. It was considered that the marriage was extinguished when the *affectio maritalis* disappeared in the couple even though the repudiation had not been formalised (C.5. 17. 6). Although, as we have showed before, parental authority was an only male power, this did not predetermine the possession of the divorced father regarding the minor children. Thus arises the dichotomy, present in our current law, between parental authority and custody. The latter can be attributed to either spouse, without prejudice to the first. This is what C.5. 24. 1 states, when declares that there is no preference between parent's gender.

The terms used are also revealing. Along with the expressions "*mulier*" and "*domina*", most of the texts we have found use the expressions "*mater*", "*uxor*", "*filia*" and "*soror*", which means qualifying the woman according to her role in the family. From this we extract the conclusion that women got their social and commercial position from their family relationships. It does not seem that the single woman who managed a patrimony was as frequent as the case of the mother, daughter, wife or sister who intervened in business, but in contrast, it seems discarded that the society of the fourth century was a patriarchal world in the that the head of the family controlled all the businesses, on the contrary, according to the texts, the wives, sisters and daughters had an active participation in the commercial and legal world.

Trying to understand the position of women in this period we have to attend to various aspects. As we have seen, from a patrimonial point of view it was not excessively complex to establish the autonomy of women, however public, political and professional actions were for a long time a space forbidden to women, although some details appear in the texts suggest a certain participation of women in public affairs.

Some texts, like C.10. 42. 9 and C.10. 52. 5 state that women are subject to the payment of taxes in the same way that men are subject, except the mothers of over five children. Even certain political positions like *protostassia*, which derived from heritage (and involved the payment of large sums), were also imposed on women. But also insist the texts (C.9. 22. 19) in which women cannot shield themselves in their female condition to exempt themselves from complying with the law or denying their responsibility.

The lawyer performance was also ~~in~~ under classical law, only a masculine space, even though Valerius Maximus shows, together with the aforementioned case of Hortensia, two other interventions by women as lawyers (Amesia Sentia in 77 BC and Caya Afrania) the Tetrarchs declare, through a rescriptum given in 294 (collected in C. 4. 12. 18) that professional representation before the courts (*procura*) cannot be exercised by women, clarifying that if a mother wants to sue in defence of her child, she must appoint a guardian. This text is revealing despite the conservative and discriminatory solution it contains as it reflects that, in the society of the fourth century, posed as possible the representation of minor children by the mother and even the judicial intervention of the mother. In the same way, another fragment (C.7. 33. 8) includes the possibility of women adopting children, which in classical law was the privilege of the *pater familias*. These issues have not been collected in our civil law until recent times, maintaining over time the exclusive parental authority of the father.

[11] Author's translation

In the criminal sphere, women could make accusations in defence of their own honour, without having to be represented by the father or husband (C.9. 1. 12) and there was established a prohibition to accuse of adultery the women who had been forced (C.9. 9. 20). This distinction between the adulteress and the raped woman is clear today, but in the ancient world and even in certain cultures of today, it remains undefined.

A series of texts, collected in C.4. 12. 3 and 4, insist on declaring the autonomy of women's patrimony, which cannot be demanded for debts of her husband, not even by the Treasury (C. 4. 12. 2), being therefore autonomous from the patrimonial point of view. In the same sense, C. 10. 32. 11 is expressed.

A good idea of the economic and patrimonial independence that the woman could have is the narration in C.4. 50. 5 and that includes a rescriptum given on September 12, 290. In it the Emperor is consulted on the validity of some transmissions made by the plaintiff's wife in favour of her daughter arguing that she had in her possession the deeds of a farm. The emperor answers: If the husband bought with his own money a farm, but in the document he gave the name of the woman who was then his wife and, arguing that she was guarding the documents, she usurped the property of the farm and donated it to a daughter of his, this donation was null, because the woman was not the owner and the farm must be restored to the husband with his rents.

The Justinian Code includes ten fragments of rescripta issued by the Tetrarchy relating to the prohibition of *intercessio mulieris*. It is an old senatorial disposition dictated in the first century AD that prevented women from guaranteeing their husbands' debts. Academic literature raised a controversy considering whether the measure was adopted to protect women or was a form of sexist discrimination. It is possible that both motivations are compatible, although, as we know, it is risky to investigate the subjective causes of historical events. The norm in the SC. Veleyanus reflects, undoubtedly a different valuation of the woman in front of the man. The Diocletians normative that came to us ratifies this regulation in a fragment in C.4. 12. 1 of 287, but many texts (10) are dedicated to outline and clarify the content and scope of this norm.

On the one hand, the jurists clarified that if the guarantor woman has her own guarantors, they will also enjoy procedural protection (C.4. 29. 14 and 15, both of 294), which also applies to the heirs of the woman (C.4. 29. 20 of the year 294). But the text in C.4. 35. 10, of the year 293, introduces some interesting nuances: the guarantor of the woman who guaranteed a debt of the husband who pays the debt claimed by the creditor, may demand, sometimes, that the woman reimburse him the amount paid. This text requires explanations.

C.4. 35. 10

Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si pro ea contra quam supplicas fideiussor seu mandator intercessisti et neque condemnatus es neque bona eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut iustam metuendi causam praebeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgueri certum est. Fideiussorem vero seu mandatorem exceptione munitum et iniuria iudicis damnatum et appellatione contra bonam fidem minime usum non posse mandati agere manifestum est * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. AURELIO PAPIO. *<A 293 >

The first issue we face is how is possible that the guarantor of the woman pay the obligation if we have previously stated that enjoys the procedural exception of SC Veleyanus. The logical possibilities are two: either the guarantor, when sued, did not use the exception (carelessness, negligence, forgetfulness) or used it but the judge did not accept it. The text seems to suggest that only in this second case would the so-called "return action" against women. In C.4. 29. 18 it is clarified under what circumstance the woman would not have the protection of SC Veleyanus: it is the case that the woman herself has acted fraudulently, deceiving the creditor. It does not explain, however, how this deception could be performed. It also explains C.4. 29. 13, of 290, that the *exceptio senatusconsulti veleiani* was not applicable if the woman was the borrower which adds little to the legal argumentation — since from the beginning the prohibition of *senatusconsultum* was the consolidation of other people's debts- but it is interesting to contextualize this prohibition at the moment in which we find ourselves: it is unlawful for a woman to guarantee other people's debts, but it is normal for her to receive the loan, even as the text explains, in case she used the received money to pay debts of the husband.

It is therefore, returning to C.4. 35. 10 of the case in which the guarantor of the guarantor has tried to use the *exceptio* and the judge has rejected, probably because the woman, somehow, deceived the banker by making him believe the senate was not applicable in his case. In this sense, the text adds, in its final clause (which may well be a post-Diocletian addition) that the guarantor of the guarantor woman who alleged the *exceptio* and was unjustly convicted cannot claim against the woman unless she had appealed against the judgment, which supports our interpretation. It also includes the fragment other two circumstances that would allow this condemned guarantor to go against the woman: that this woman had squandered her assets (jeopardising her ability to assume her debts) and that the contract had been signed with abdication of the *exceptio*.

This last statement seems novel and completely changes the sense of Veleyanus privilege: the prohibition of entrenchment of women was waived, it depended on women, according to this text, which was applicable or not the senate consults in a certain operation.

In a way it had always been like this. The senate consultation is configured as an *imperfecta lex* which implies, already in classical law, that performing an act prohibited by this class of rules entails none sanction or even the nullity of the contract, which remains valid and effective, but confers who is harmed by the act a tool that allows you to paralyse any claim. This same mechanism is used today in cases of nullity: when the contracting party has suffered a "defect of consent", has allowed a business due to a false knowledge of reality, a deception or a threat, it is up to you to decide if the business is cancelled or maintained, and you can, just by passing the time established for your challenge, validate it.

The novelty here is that the woman who, in contravening the SC strengthened her husband, could not only decide whether

to use the *exceptio* when it was sued by the creditor but could also advance that decision at the time of conclusion of the contract. Such a possibility radically changes the legal nature of the prohibition that gains, definitely, the nature of privilege. Later, in another social and legal context, Justinian will declare the guarantee contracts made by women void.

If from this legal evolution of the figure of SC Veleyanus some conclusion could be drawn about the role of women in the commercial and legal life of its time, it should be affirmed that although at the starting point (1st century AD) the character of limitative of the prohibition (due to the procedural game of the *exceptio* and its probable configuration as a privilege) in the time under discussion is already a benefit established in favour of women whose application is restricted to the case it has not acted In bad faith regarding the creditor and had not agreed to his resignation when making the loan.

6. Slaves

Although traditional historiography, based mainly on Marxist theories, states that in the post-classical Era there is a crisis of the slave mode of production giving way to the generalisation of the work of free men for hire (through the *locatio conductio operis* or *operarum*) the consulted sources show a huge number of legal controversies related to the slaves. In Díaz-Bautista Cremades (2016, page 208) under the word "*servus*" we can find 99 fragments that mention this term or its variants, plus another 30 texts that use the "*ancilla*" word (ibid., Page 21).

Throughout the Lower Empire, a low presence of *locatio conductio* in source register, which do not run good with Marxist theory, as seen in the following table

Century	NUMBER OF TEXTS IN CODEX
III	29 (13 of Diocletianus)
IV	0
V	4
VI	2 (Justinianus)

Texts on *locatio conductio* in the codex of Justinian ordered by centuries.

In Gai 1. 5. 53 it is already confirmed, even before the influence of Christianity, a "humanising" of the situation of the slave that, although it is an object from the strictly legal point of view, cannot be mistreated by its owner, because It is a human being and the institution of slavery is an unnatural law but the law of nations.

This "humanisation" tendency of serfdom reaches legal status in Diocletian's legislation. Thus, we find texts like C.6. 59. 4 (294) in which the succession *mortis causa* of a slave is requested, his aspiration to the office of mayor (C.10. 33. 2 (undated)), ability to sue the rapist for adultery of his partner C.9. 9. 23 (290), certain procedural capacity in extraordinary cases (C.1. 19. 1 (290)) or the possibility of being appointed tutors or curators (C.5. 34. 7 (293)). While the Emperor's response is often negative to these requests, they arise is symptomatic that society considered de facto the slave as a subject of law, although subject to the property of its owner.

7. Conclusions

Throughout this brief work we did want to present the first results of a research method through which we try to analyse the society of the lower empire from the content of the rescripta of the imperial chancellery. In this initial phase of the work, we have subjected to analysis Diocletian's rescripta following a line of work that began in 2006 under the direction of Professor Antonio Díaz Bautista. We have studied some relevant aspects of the under-imperial society like the economy, the political structure, the army, the family, the slaves and the woman.

From the study done, and despite its preliminary status, we can conclude Diocletian's rise culminates a transformation of society that definitively buried the structure designed by Augustus with the principality: Senate families no longer have the power and influence of that they enjoyed in the past, being replaced by a new class of military and brilliant officials whose social extraction is indifferent (in this sense a "meritocracy" is made up). The new social disposition is accompanied by symbols and elements that take root with antiquity. For this, the study and knowledge of classical Rome will be a factor of distinction.

The economic panorama that the texts that had been analyzed reflect, is not as apocalyptic as other sources seem to suggest. The empire would suffer in these times some moments and situations of scarcity and zones of poverty, but not in greater measure than in other moments and epochs of the empire. It is possible that the pessimistic view we have of the lower empire is burdened by the testimonies of the Christian authors, who foresaw the end of the world for the sins of the leaders, and the knowledge we have of the fall of the Western Empire, rather than the aim reality of the fourth century.

Regarding the family, the slaves and the position of women, the most striking conclusions of this study are thes: one may see in the texts a flourishing of the nuclear family in which women have a large active presence, both in terms of heritage and family relationships. It is especially striking that the noun mater appears in as many texts as the *pater* which allows us to affirm that the exclusive function of the *paterfamilias* in the patrimonial management is totally forgotten in this epoch, the process that Gaius warns in Inst. 1,190, in full where he warns that women of his time take part in legal life on the same plane as men. Some rescripta include aspirations of women (adoption, parental authority) that will not be effective until well into the 20th century.

New studies will be necessary to verify the evolution of this feminine emancipation throughout the 4th and 5th centuries to find out at what moment — probably already in the high middle ages — the woman loses all this progress and is again subject to the power of husband and father.

Bibliography

Beck-Gernsheim, E.: *La reinvención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia,* Paideia, Buenos Aires, 2003.
Brown, P.: *El primer milenio de la Cristiandad,* Crítica, Barcelona, 1997.
Díaz Bautista, A. et alii: *Estudios sobre Diocleciano*, Dykinson, Madrid, 2010.
Díaz Bautista, A, et alii: Conspectus constitutionum diocletianii, Dykinson, Madrid, 2012.
Díaz-Bautista Cremades, A. et alii: *Rescripta diocletiani: Base de datos de las constituciones de Diocleciano*, Marcial Pons- Editum, 2014.
Díaz-Bautista Cremades, A.: Negocios financieros en la legislación de Diocleciano, en *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
Díaz-Bautista Cremades, A. et alii: *Glosario de las constituciones de Diocleciano*, Iuris Universal, Murcia, 2016.
Goldsworthy, *La caída del Imperio Romano*, (Trad. Madrid, 2009).
Rodríguez Ennes, L.: La larga lucha hacia la igualdad femenina*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 11, 2007, págs. 839-853.

The Functional Method to Study the General Part of Contract Law in Historical Perspective: pro et contra*

*Dmitry Poldnikov***

Abstract

Comparative legal history is a fashionable new discipline which aims at a better understanding of the law's past by comparing similarities and differences of legal phenomena in two or more jurisdictions beyond the limits of national legal histories. Despite its popularity in Europe, it still lacks comparative projects that cover both Western and Eastern areas of the Continent, not least because the methodology of such comparison requires proper consideration and cannot be simply copied from comparative law or national legal histories.

The present article evaluates the applicability of the dominant method of today's comparative law (the functional one) in the domain of the general contract law of the first codifications in the major jurisdictions of Continental Europe (Austria, France, Germany, Russia) during the 'long 19th century'. This subject matter is chosen by way of example as a 'legal cross-road' of legal concepts and models, more susceptible to changes, innovations, borrowings, and closely linked to social needs.

In the main part of the article, it is argued that the adaptation of the functional method to the needs of comparison in legal history becomes plausible due to at least two factors. First, comparatists mitigated the rigid assumptions of the 'classical' functionalism of the 20th century (rejecting its privileged status and purely functional perception of law, irrebuttable presumptions of similarity and unification of compared legal systems etc.). Second, many legal historians, like the drafters of the first civil codes in Western and Eastern Europe, also believe that law is more than minimally connected to social problems and manifests itself primarily through its actual application.

On the basis of such premises, the author of this article discusses potential benefits and limitations of researching general contract law in the selected jurisdictions with the functional method. At the preparatory (descriptive) stage, it can be useful to assure comparability of contract law in the selected civil codes, to identify omissions in the codified general rules on contracts, and to arrange legal provisions around practically relevant issues. At the stage of analysis, functionalism can be coupled with teleological interpretation of legal norms to enable us to understand better the link between the application of the legal rules, their legal purposes, and the practical social problems serving as tertium comparationis for all the compared jurisdictions.

A sketch of such an analysis in the final part of the article allows to conclude that research with the help of the functional method narrows our perception of law as a cultural phenomenon and breaks the inner doctrinal logic, but in return, it offers a starting point for much needed dialogue of legal historians with a wider legal community.

Keywords: *comparative legal history; contract law in Europe; functional method; tertium comparationis; codification of civil law.*

Introduction

Contract law became the hotbed of the modern comparative approach, as it was forged by Ernst Rabel, Rudolf Shlesinger, Gino Gorla and others. Many scholars regard it as a springboard for a larger comparison of the 'common core' of Western (European) private law, or even a sphere of a truly transnational law and subject matter for transnational legal scholarship.[1] Against a plethora of research in contemporary contract law the historiography on its comparative development looks rather pale by number, variety of methods, and scale of research. Most investigation has been done in the framework of national legal history where foreign law is taken into account as a formant of national law and not as an equally important subject area. The studies of European private law conducted and edited by Helmut Coing, Reinhard Zimmeramnn, or some publications in book series at Brill Publishing remain rare exceptions and tend to limit pan-European scale to Western Europe with a shared legal culture.[2]

* The article was prepared within the framework of the Academic Fund Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE) in 2017- 2018 (grant No.17-01-0051) and by the Russian Academic Excellence Project '5-100'.

** Dmitry Poldnikov is professor of legal history at the Department of general and inter-branch legal disciplines of the Law Faculty, the National Research University Higher School of Economics, Moscow, Russia.

1 By way of example see: Hein Kötz, *European contract law* (Oxford University Press, Oxford, 2017, 2nd ed.) (with further references). For an overview of this subject area in comparative law see a chapter 28 by Allan Farnsworth, "Comparative Contract Law", in Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, Oxford, 2008), 899-935.

2 For references see section 1 below.

This situation is mostly due to the fact that comparative legal history is still a new discipline, younger that comparative law.[3] It becomes fashionable because it promises to clear the way to new insights and to present them in a manner interesting to more members of the legal community. As with other young disciplines, the success of this enterprise largely depends on a viable methodology. Which one? Should comparative legal historians invent methods of their own or can they build on the experience of comparative law? To answer this daunting general question it is better to start with concrete studies of a specific subject area.

In this article I choose contract law of the early codifications in Europe for several reasons. To begin with, this subject matter is well researched in the national secondary literature which provides abundant information about legal developments in separate jurisdictions. Next, contract law begs for comparison because of its remarkably cosmopolitan character, its susceptibility to change and to adapt. Also its comparative study on the basis of the functional method looks more plausible than in many other areas because its inner logic is believed to be closely connected with social needs fairly similar in European countries on the same level of development. Finally, comparative studies of the history of this subject area have already been initiated and yielded first results to be discussed and evaluated.

To test my main hypothesis of applicability of the functional method in research of the history of contract law in Western and Eastern Europe I proceed in three steps. First, the concrete subject matter of research (i.e. the 'general part' of contract law) is described. Second, the meaning of functionalism in comparative law and comparative legal history is discussed and its benefits for investigating the general rules on contracts are being weighed. Third, a sketch of the functional study of the subject matter is presented. In the concluding remarks I sum up challenges, opportunities, and benefits of this method in comparative legal history of contract law.

1. General part of contract law as the object of research

In legal scholarship a negative result is still a result. Yet, some positive outcome is welcomed. For comparative studies such a reward was, and still is, the discovery of commonalities between comparable objects. A significant number of commonalities was found in private law, specifically in the law of obligations and contract law of European countries. Legal history could take a chance on this domain as well.

1.1 Comparative history of private law in Western and Eastern Europe

The search for commonalities was *raison d'ętre* and the original sin of legal comparison which shifted its focus to the domain of private law of the Western jurisdictions and until the end of the 20th century entrusted the whole discipline of comparative law in the hands of specialists in private law.[4] It has been duly criticized.[5] Until quite recently, comparative studies have not sunk deeper roots in public law which is believed to have a closer connection with national identity, ideology, culture, and hence, singular and almost incomparable subject matter.[6]

Apparently, legal historians who venture to transcend national borders face similar difficulties. It is enough to mention the outcomes of major research projects at the Institute of European legal history in Frankfurt am Main. Efforts of the international team of scholars under the funding director of the Institute have culminated in voluminous dogmatic history of private law based on Roman-Canon *jus commune*.[7] A logical continuation of this enterprise (a history of European public law) was limited to a history of public law in Germany, obviously due to less obvious shared tradition and predominantly national spirit. Although more research of the rule of law, constitutionalism, or human rights might indicate the existence of *jus publicum Europaeum* in the past.[8]

Still, legal history in many Western European countries is still primarily a history of private law as a field of research and a university discipline (*Privatrechtsgeschichte*). Private law was the preferred subject matter of Roman jurisprudence and the main content of Justinian's *Corpus Juris Civilis* which determined the course of legal studies at universities in Europe until the 18th century. The teaching of private law formed the professional mentality and language of many jurists in the jurisdictions which were justly ascribed by comparatists to the *civil law* family. The civil codes which arose on this legacy became true economic constitutions of civil societies, even where political constitutions emerged much later.[9]

For centuries Eastern Europe (and Russia as its major jurisdiction) knew the legal tradition of its own which ignored a strict 'public/private divide' and the scholarly interpretation of the *Corpus Juris Civilis*.[10] Yet, in the course of modernization

[3] Since 2009 a growing number of its protagonists join their efforts in the European Society of Comparative Legal History (ESCLH). Its blog is available at <http://esclh.blogspot.ru/p/about-esclh.html>.

[4] Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Oxford University Press, Oxford, 1998, 3rd ed.), vol. 1, 65 ("partially because it is only private lawyers… who have been interested in the [comparative] theory").

[5] Gerhard Danneman, "Comparative Law: Study of Similarities or Differences?", in Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, *op.cit.*, note 3, 383-419 (with further references).

[6] For constitutional law see: Michel Rosenfeld, András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, Oxford, 2013), 6-8.

[7] Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3 vols. (C.H. Beck, München, 1973-1988); also Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, 2 vols. (C.H. Beck, München, 1985-1989).

[8] Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 4 vols. (C.H. Beck, München, 1988-2012). Yet, see the author's concluding remarks on *jus commune publicum* (*Ibid*, vol. 4, 681-688).

[9] This is not to ignore the fact that ‚private law' changed over time and it took its modern form in the 19th century as a result of idealistic philosophy and ideology of liberalism. See: Nils Jansen, Ralf Michaels, "Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations", 71(2), *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, (2007), 345-397.

[10] See: Tomasz Giaro, "Some Prejudices about the Legal Tradition of Eastern Europe", in Bronisław Sitek, Jakub Szczerbowski, Aleksander Bauknecht (eds.), *Comparative Law in Eastern and Central Europe* (Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2013), 26-50.

of the Russian Empire in the 19th century, substantial elements of Western legal culture spread eastwards and narrowed many legal discrepancies. For the purpose of this article it would be enough to state that no part of the Russian legal landscape remained unaffected. Its multiple casuistic laws were compiled in the *Svod Zakonov Rossijskoi Imperii* (hereinafter the *Svod Zakonov*) in 1832 which tacitly integrated many features of the *Code Civil*, the Austrian Civil Code, and the relevant doctrines.[11] Legal education was gradually reformed along the lines of German historical jurisprudence and *Pandektism*. It helped to establish civilian legal scholarship and to 'scientify' positive civil laws.[12] These trends culminated in the Draft Civil Code of the Russian Empire (hereinafter the Draft Civil Code of 1905). The Draft was under preparation from 1882 with the active participation of a professional community of lawyers and academics and involved massive comparative studies of the major foreign civil laws, with particular attention to the French, Austrian, and German Civil Codes.

All the above gives good reasons to compare legal developments in major continental jurisdictions during the 'long 19th century' (from 1789 until 1914, as defined by Eric Hobsbawm), or the second 'legal century', the 'age of codification' which formed the style of the civil law legal family and saw its expansion to the easternmost regions of Europe.

1.2 General contract law in the 'long 19th century'

During the long 19th century, civil law became codified and contract law within civil codes acquired its generalizing style. The 'general part' of contract law (or of the law of obligations based on contract law as its most important section) became the hallmark of legislation in Romano-Germanic jurisdictions, present in the General State Laws for the Prussian States of 1794 (ALR), the French *Code Civil* of 1804, the Austrian Civil Code of 1811 (ABGB), the German Civil Code of 1896 (BGB), but also in other codes which are not considered in this article. About 25 articles with general rules on contracts were incorporated into the *Svod Zakonov*. But the general part reached the Western level of sophistication only in the Draft Civil Code of 1905.

The general style of contract law was the result of a long doctrinal development reaching back to the late scholastics and early modern natural law[13] as part of the overall transition to the mentality of thinking in principles (general rules).[14] It fueled the 'spirit of (modern) codifications' underpinning the methods to interpret, understand, and apply the codified legal rules to specific cases to present day.[15]

However, even an overview of general provisions reveal multiple differences showing that there was no fixed 'canon' to define 'contract' in general, to classify kinds of contracts, to indicate conditions of their validity, or to set rules regarding their subject matter, the procedure of making, modifying, discharging, and terminating contracts, to interpret them, and to provide guarantee or security to the creditor. Terminological variety makes comparison even more complicated. Most key-terms of general contract law (such as French *cause licite*, German *Rechtsgeschäft*, or Russian *zaprodazha*) are steeped in particular doctrinal traditions and cannot be easily translated into other languages.

Hence, comparing so similar and so different general rules on contracts even in the codes with some elements of shared tradition requires some methodological reflections.

2. Functionalism amidst competing approaches to compare laws

Methodological issues are known to stir up lively debates among the protagonists and opponents of a young discipline of comparative legal history. Perhaps, legal historians can learn to some extent from the similar disputes in comparative law. To test this hypothesis, one must look into the meaning of the preferred method in comparative law before deciding on its applicability and eventual adaptation for the needs of comparing general contract law of the 19th century.

2.1 Functionalism in comparative law

Contemporary comparative law is marked by methodological pluralism. Some argue, it has no 'royal road' in this discipline.[16] Many others call functionalism the dominant method (approach) to compare both private and public law. Despite a vivid debate, a theory of this method 'hardly exists', even the meaning of a 'function' is not a matter of consensus.[17] The basic idea of the method is to analyze law from the point of view of social problems it addresses and in so doing to cut across various jurisdictions. To date, this method is used to set the focus not on legal concepts, doctrines, and institutes but on the social problems and their practical legal solutions, e.g. to test earnestness of the parties to enter into a legally binding agreement or to limit a number

[11] See: Maxime Vinaver, "Ob istochnikakh X toma [Svoda Zakonov]", in Ibid, *Iz oblasti tsivilistiki* (Tipografia Rozena, St. Petersburg,1905), 1-78.

[12] See: Anton Rudokvas, Alexej Kartsov, «The Development of Civil Law Doctrine in Imperial Russia under the Aspect of Legal Transplants (1800–1917)», in Zoran Pokrovac (ed.), *Rechtswissenschaft in Osteuropa. Studien zum 19. und frühen 20. Jahrhundert, Sonderdruck* (Klostermann, Frankfurt am Main, 2010), vol. 5, 291–333. On the German concept of 'scientification' developed by Franz Wieacker see: Martin Avenarius, "Verwissenschaftlichung als 'sinnhafter' Kern der Rezeption: eine Konsequenz aus Wieackers rechtshistorischer Hermeneutik", in Okko Behrends, Eva Schumann (eds.), *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts* (Wallstein Verlag, Göttingen, 2010), 119-179, at 137-139.

[13] See Wim Decock, *Theologians and Contract Law: the Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500–1650)* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2012), 105 (with further references).

[14] Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993, 5 ed.), 251; Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)* (C.H. Beck, München, 2012, 2 ed.), 276 (with reference to Peter Landau).

[15] See Rémy Cabrillac, *Kodifikatsii* (Statut, Moscow, 2007, translated by Leonid Golovko from *Les codifications*, PUF, Paris, 2002), 361; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Springer, Berlin, 1991).

[16] Maurice Adams, Dirk Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke* (Hart Publishing, Oxford, 2014), 6.

[17] See Ralf Michaels, "The Functional Method of Comparative Law", in Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, *op.cit.,* note 3, 339-381. For functionalism in comparative private law see: James Gordley, "The Functional Method", in Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Elgar, Cheltenham, 2012), 107-119. For public law see: Vicki Jackson, "Methodologies of Comparative Constitutional Law", in Michel Rosenfeld, András Sajó, *op.cit*., note 8, 62-66.

of enforceable promises.[18] These problems become the criterion of comparing (*tertium comparationis*) laws of various nations in an attempt to discover similarities (a 'common core' or *acquis commun*) and explain, even minimize differences among them.

The advocates of 'pure' legal and cultural approaches criticize this 'classical' functionalism mainly for dismissing the inner logic of national legal orders and its intricate ties with national cultures by choosing an extra-legal criterion (social function) with the aim of re-arranging legal systems and recasting them into an artificially harmonized legal order where specific legal systems are treated as no more than national variations of a 'common core' of 'civilized' (western) countries with presumably similar social needs.[19]

Despite criticism, Catherine Valcke and other protagonists of the functional method believe it is still valid because most jurists still hold that law is at least minimally connected to social problems and exercises some impact on societies. Moreover social institutions gain their meaning in particular contexts of application, 'meaningful acts' (Max Weber) rather than words.[20] These basic assumptions make it appropriate alternative to 'legal labels' for sorting out the material at the preparatory stage of comparison and even for analyzing how law actually operates to resolve the problems it targets. Such an analysis can start with 'a hypothetical state of legal difference' (*praesumptio dissimilitudinis*) to prove from the contextual data the existence of similar problems across jurisdictions involved in the study.[21]

Alternatively, James Gordley argues that functionalism is compatible with the competing cultural approach when they both are regarded as variants of a more general 'teleological' approach. It purports to understand functions as purposes or intended results of legal rules, and in that way to give a more accurate legal description of law in society.[22] Gordley's expertise in comparative law and legal history makes his suggestion even more relevant for a debate about common methods of comparison of private law now and in the past.

2.2 Functionalism in comparative legal history?

As Maitland once wrote, 'history involves comparison'.[23] It is enough to mention the names of Henry Maine, Rodolphe Dareste, Maxime Kovalevsky, Paul Vinogradoff and other great historians of the 19th century to show that comparison in history and respective methodological reflections are coeval with the modern discipline of national legal history. But the path to actual comparison turned out to be thorny. Comparative legal history differs from a national one in a way that it entails traveling through time and space to pull together materials from two or more jurisdictions in order to gain a better understanding of all or most of those jurisdictions involved.[24]

Perhaps, one should start with the Institute of European legal history (founded in Frankfurt in 1964) under the directorship of Helmut Coing. Yet, several circumstances prevented its team from benefiting from the functional method. First, under Coing, the agenda of the Institute was focused on the doctrinal history of the Roman-Canon *jus commune* which was based on Latin and ensured many commonalities of legal concepts, models, and values. Second, Coing and his team saw legal history as a hermeneutical enterprise to 'understand legal rules of the past by taking into account all (political, economic, religious, spiritual) conditions of a given period'.[25] Third, coeval comparative law could offer only the 'classical' functional method as a tool of legal unification.

After Coing, Reinhard Zimmermann accomplished a comparative doctrinal history of the law of obligations without mentioning functionalism.[26] Other legal historians openly contested its applicability in research. Albrecht Cordes claimed that legal history expected very little or none at all from comparative law because there was no space for *praesumptio similitudinis* in history.[27] Such a denial, obviously, refers to the 'classical' functionalism used for legal unification. However, gradual expansion of the research area of the history of law in Europe beyond its western continental 'core' in combination with recent modifications of the functional method by comparatists may motivate legal historians to reconsider.

Comparative legal history as doctrinal enterprise can hardly embrace all regions of Europe, given the divides between civil law and common law, East and West etc.[28] A possible workaround to this limitation is to focus on the transmission of Western legal culture across the continent and beyond, but it

[18] See Hein Kötz, *op.cit*., note 3, 49-71; James Gordley (ed.), *The Enforceability of Promises in European Contract Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009).

[19] Günter Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", in 26 *Harvard International Law Journal*, (1985), 411-455 (cited after translation from 4(49) *Sravnitelnoye Konstitutsionnoe Obozrenije*, 2004, 99); Dmitry Dozhdev, "Sravnitel'noe pravo: sostojanie i perspektivy", in *Rossijskij ezhegodnik sravnitel'nogo prava* (St. Petersburg, 2008), 7-28, at 24-25; Catherine Valcke, Mathew Grellette, "Three Functions of Function in Comparative Legal Studies", in Maurice Adams, Dirk Heirbaut, *op.cit*., note 18, 99-112, at 104-106, 109-111.

[20] Catherine Valcke, Mathew Grellette, *op.cit*., 104-105.

[21] After Legrand's idea. See: Pierre Legrand, "The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure", in (75) *Tulane Law Review*, (2001), 1033-1051.

[22] James Gordley, "Comparison, Law, and Culture: A Response to Pierre Legrand", in 65(1) *The American Journal of Comparative Law*, (2017), 133-180.

[23] See: Herbert Albert Laurens Fisher (ed.) *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, (Cambridge University Press, Cambridge,1911), vol. 1, 488.

[24] Agustín Parise, "The Value of Comparative Legal History for American Civil Law Jurisdiction", in Idem (ed.), *Ownership Paradigms in American Civil Law Jurisdictions: Manifestations of the Shifts in the Legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16th-20th centuries)* (Leiden, Boston: Brill, 2017), 29-34 (defining comparative legal history).

[25] Helmut Coing, *Aufgaben des Rechtshistorikers* (Steiner, Wiesbaden, 1976), 21.

[26] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press, Oxford, 1996 and 2013, first published by Kenwyn: Juta, München: Beck in 1990).

[27] Cited after the report about his presentation at the 32nd Congress of German legal historians in Regensburg in 1998 after: Albrecht Cordes "Presentation at the 32nd Congress of German legal historians", 7 *Juristenzeitung*, (1999), 349-350.

[28] The international project of comparative studies in Continental and Anglo-American legal history made it obvious. See: Helmut Coing, "Common law and civil law in the development of European civilization: possibilities of comparison", in: Helmut Coing, Knut Wolfgang Nörr (eds.), *Englishe und Kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsproject* (Duncker & Humblot, Berlin, 1985), 31-41.

leaves out of scope all regions before or without such an influence and it builds heavily on doctrinal history.[29] Another solution is to develop a concept of 'multi-normativity', to facilitate understanding and comparison of more and less legalized normative traditions across Europe and beyond.[30]

A better idea might be a closer look on a moderate version of functionalism in comparative law because its assumptions are not that alien to legal historians. Many of them believe in this practical dimension of law (in addition to its symbolic and ideological meaning). Some of them directly call themselves legal realists[31] who would subscribe to the ultimate task of non-dogmatical comparative law – to discover all apparent and hidden factors which determine how cases are resolved.[32]

In fact, some historians already rely on functionalism. An example of 'functional identification' gives the textbook on European legal history by Udo Wesel. He arranged legal institutes into coherent groups related to family, property, succession, contracts, private wrongs, and trade. This core of 'horizontal' relationships was valid for the period from the high Middle Ages until the changes brought about within societies by the industrial revolution.[33]

Functional grouping and analysis can be found in the monograph of Emmanuel Van Dongen on contributory negligence. The author decided to investigate a century-long tradition of legal solutions for cases where 'the person who suffered damage in one way or another contributed to his own harm' (as in traffic accidents where the injured party did not observe the traffic rules as well). He chose to call it 'contributory negligence' 'as a classification concept… that may not appear in the sources but that is used for better understanding of the sources'.[34] As a result, it indicates comparable problems in various jurisdictions across time and space, from Ancient Rome until nowadays. The author rightly calls his approach 'comparative legal history' 'from a perspective of a functional problem'.[35] And its field of application can well be extended.

2.3 Studying general part of contract law: benefits of functionalism

The functional approach to the history of the general part of contract law is particularly disturbing for a traditional historiography. General provisions on contracts were the result of dogmatical re-thinking of the casuistry of the *jus commune* on the basis of early modern philosophy, later introduced to the civil codes. For this reason they have been studied dogmatically, with particular attention to concepts, principles, and legal models by Helmut Coing, Reinhard Zimmermann, Wim Decock and others (cited above).

The functional method aims at looking beyond dogmatic labels or constructions and motivates researchers to draw new distinctions based on social needs that legal rules address. For example, in his recent textbook, Hein Kötz introduced the chapter 'Tests of Earnestness' which indicates directly the practical need behind various doctrinal models and does not correspond to the doctrinal model of any national jurisdiction.[36]

In my view, contemporary functionalism can facilitate a better understanding of the general part if the researcher (comparatist or legal historian) links its doctrinal models and the social functions via the legal purposes behind each legal rule. In other words, I suggest to study what legal goals the legislator intended to attain by introducing such and such provision of the general part of contract law and what social needs did it address. This approach builds on the functional and teleological perspectives on contract law. I believe they are intertwined since legal goals are meant to address *de jure* social needs. This combination allows to apply functionalism at preparatory and analytical stages of research.

At preparatory (descriptive) stage

The general part of contract law is already a selection of rules made by the legislator to meet a range of issues common to various contracts, usually on the basis of a careful study of the previous legislation, case law, doctrine, both domestic and foreign. These efforts relate legal rules to practical issues. It follows from the intent of the legislator to give instructions relevant to enter, modify, discharge, and terminate all relationships matching the label of 'contract' or 'contractual obligation' under civil law.

Under such circumstances the study of practical issues addressed by the general part of contract law could facilitate analysis in the following ways:

First, to assure comparability of contract law in the selected jurisdictions. General rules on contracts became legalized through codifications of civil law in the course of the 'long 19th century' when societies were transformed by the industrial revolution, abolition of serfdom, expansion of civil equality, urbanization, rise of entrepreneurial activity. General rules on contracts aimed at sorting out a growing variety of specific contractual arrangements which can no longer be effectively managed on a case-by-case basis. The social changes facilitated transfer of this new legal technique across the Continent.

Second, to identify omissions in the codified general rules on contracts. Although general rules on contract could address similar needs and pursue similar goals, the concrete content of general part varied from legislation to legislation. Some of them could be present in one code and omitted or put in a different section in

[29] Serge Dauchy et al. (eds.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books That Made the Law in the Age of Printing* (Springer Verlag, 2017) (despite the pretentious inaugural phrase in the introduction "Law is culture", Ibid, note 31, 1).

[30] See Thomas Duve, "Global Legal History – A Methodological Approach", 4 *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series* (2016). Available at SSRN <https://ssrn.com/abstract=2781104>.

[31] Heikki Pihlajamäki, "Comparative Contexts in Legal History: Are We All Comparatists Now?", in Maurice Adams, Dirk Heirbaut, *op.cit*., note 18, 132 ('We're all realists now' writing Gary Peller).

[32] Rodolfo Sacco, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)", in 39 *American Journal of Comparative Law*, (1991), 23.

[33] Udo Wesel, *Geschichte des Rechts in Europa: von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon* (C.H. Beck, München, 2010), § 91-95, 116-124, 138-142.

[34] Emmanuel van Dongen, *Contributory Negligence: a Historical and Comparative Study* (Brill Nijhoff, Leiden, 2014), 7-8.

[35] Ibid, 7.

[36] Hein Kötz, *op.cit*., note 3, 49-71. At the same time, Kötz is not consequent enough to re-arrange the whole course of European contract law along the functions of legal rules. It would confuse most contemporary jurists and disturb the doctrinal tradition.

another. It would be appropriate to explore the range of general issues in contract law before analyzing them in particular.

Third, to arrange legal provisions around practically relevant issues. Due to the circumstances of drafting the civil codes, 'general parts' also vary in their wording more than in practical issues or legal goals. Therefore, the latter provide an alternative to sort out the legislative general provisions on contracts more coherently than the sequence of titles and subtitles of the codes.

At the stage of analysis

The applicability of the functional method to analyze the rules of the general part of contract law rests on the link of these rules with social problems related to establishing, modifying, interpreting, discharging, and terminating contractual bonds. Even the doctrinal origin of the general part does not break this link because the very sense of generalization as a task of legal scholarship aimed at a better dispute resolution of practical issues.[37] The practical character of general provisions on contracts follows from efforts of drafters of civil codes, as testify the preparatory materials.[38] It is also confirmed by references to the provisions of the general part of contract law in court practice that emerged after enactment of the codes.[39]

Thus, functional analysis does not answer all questions but enables us to understand better the link between application of legal rules, their legal purposes, and the practical social problems serving as *tertium comparationis* for all the compared jurisdictions.

3. A sketch of the functional analysis of general provisions on contracts

The purpose of this article is to discuss applicability of the functional method in comparative legal history, not to conduct actual research of this vast domain. Yet, legal historians are rightly cautious about purely methodological reflection, because any method is meant to be applied to concrete material. In this section I sketch out the functional research on the general part of codified contract law, as it was described in part 1 of this paper.

3.1 The sources to study

Legal history stems from the sources and depends on them in many ways. So does study via the functional method. As it presupposes a substantial connection between law and social problems, this method requires a considerable number of sources dealing with actual application of legal rules to specific cases. Furthermore, the actual impact of contract law on society may be juxtaposed with the intention of the respective legislator who assigns each rule with a specific goal. It allows correlation of intended results of rules with actual ones and requires familiarity with motives of drafters and interpreters of law. In terms of sources, the 'long 19th century' is, perhaps, the earliest period to conduct this kind of research with regard to Eastern and Western Europe. It provides legal historians with all kinds of necessary sources concerning all major Continental jurisdictions.

First, one can find the motives of the legislator on the intended application of the *Code civil*, ABGB, BGB.[40] Such materials are scarce for the *Svod Zakonov* but abundant for the Draft Civil Code of the Russian Empire[41].

Second, subsequent life of general contract law is attested by voluminous collections of case law. Law reporting became an established practice in France[42] and German jurisdictions[43] by mid-19th century. It sank roots in Russia since the 1870 s.[44] As a result, law reports became if not the 'true repositories of the law' (Joseph Story), then at least a valuable source of information on the interpretation of the codified law by the high courts in the 19th century.[45]

---

[37] Such was the intention of the early modern inventors of the general part: *inter alia*, to enable confessors to determine the penitence at *forum internum* more justly and coherently, as well as to instruct Christians how to enter into contracts and to discharge them in a virtuous manner. See Wim Decock, *op.cit*., note 15, 26 f.

[38] For example, see: Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804* (Éditions Confluences, Bordeaux, 2004, first published in Paris in 1801), 56 ('*En traitant des contrats, nous avons d'abord développé les principes de droit naturel qui sont applicables ŕ tous*.').

[39] As attested by law reporting. For Russia see: *Dogovornoe pravo po reshenijam Kassacionnogo Senata* (Vladimir, 1880, 2nd ed.) (dedicated to the general part of contract law). The practical applicability as one of the reasons to develop general provisions was specifically mentioned in the motives to the first section of book 5 of the Draft Civil Code (*op.cit*. 1-2).

[40] For the *Code Civil* see: Pierre-Antoine Fenet (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil: suivi d'une édition de ce code, ŕ laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France*, 15 vols. (Au Dépôt, Paris, 1827, reprinted in 1968). For ABGB see the commentary of the main drafter of this code: Franz Edlen von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* (Triest, Wien, 1812). For BGB see: Benno Mugdan (ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2 vol. (Decker, Berlin, 1899; reprinted in 1979, 2005), also Werner Schubert (ed.), *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einführung. Biographien, Materialien* (De Gruyter, Berlin, 1978).

[41] For the former see the collected papers of Speransky, the main drafter of the laws under Alexander I and Nicolas I: Mikhail Speransky, *Rukovodstvo k poznaniju zakonov*, edited by Igor Osipov (Nauka, St. Petersburg, 2002) (with bibliography). For the latter see: *Grazhdanskoye Ulozhenije, kniga 5, s objasnenijami*, vol. 1 (obligations, general part) (Tipobrafia Senata, St. Petersburg, 1899).

[42] The most significant law reports are ‚*Recueil général des lois et arręts*' edited by Jean-Baptiste Sirey in 30 vols. (1806-1830), '*Journal des audiences des lois de la Cour de cassation et des cours d'appel*', founded in 1809 by G.T. Denevers and continued by Victor Dalloz (since 1816), also *Jurisprudence générale or Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* in 44 vols. (3rd. ed., 1859).

[43] For example, see: *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten* (J.G. Cotta, München, 1847 etc.), founded by Johann Adam Seuffert (since vol. 12 edited by E.A. Seuffert, A.F.W. Preusser, H.F. Schütt); *Entscheidungen des Königlichen geheimen Obertribunals*, 83 vols. (Ferdinand Dümmler, Berlin, 1837-1879); *Reichsgericht: Entscheidungen in Zivilsachen*, 172 vols. (Veit & Co, till 1919; Walter de Gruyter till 1945).

[44] See: *Reshenija Grazhdanskogo kassacionnogo departamenta Pravitel'stvujushhego Senata* (Tipografia Senata, St. Petersburg, 1866-1916). Occasionally, private collections of the case law were published as well: *Dogovornoe pravo po reshenijam Kassacionnogo Senata*. 2nd ed. (Vladimir, 1880).

[45] Jean-Louis Halpérin, *Five legal revolutions since the 17th Century: an analysis of a global legal history* (Springer, Cham, 2014), 49.

Third, both legislation and case law came to be the object of interpretation and criticism for a growing legal community. Many commentaries combined practical and doctrinal materials to clarify legal purposes of the codified provisions, their interpretation, and application in higher courts.[46]

Last but not least, rich national historiographies deliver enables the researcher to reconstruct the context of application general rules of contract law. For Western Europe it is enough to indicate the history of European private law by Helmut Coing. For Eastern Europe and Russia in particular one should consult several publications.[47] One can find multiple evidence in support of similar needs of the industrializing societies, as well as their perception in the eyes of the lawgiver and professional legal community.

3.2 Functional identification

Given a wealth of primary and secondary sources in national historiographies, a comparative legal historian can venture to explore the links between social needs and codified general part of contract law. To begin with, one should reveal the function of the 'generalized' contract law amidst such trends as:

- *The growing number of voluntary arrangements* in the face of advances in agriculture, progressive industrialization, increased commercialization of national economies, gradual abolition of serfdom between 1789 and 1861 on pan-European scale, and a new rhetoric (ideology) of individual liberty and personal responsibility, the rise of civil society.
- *Inadequacy and shortcomings* of old contract law, its casuistry, formalism, lacunas which resulted in unclear regulation for typical and especially for atypical contractual arrangements, to uncertainty and injustice, ignorance in the matters of the law, unfair advantage of a stronger party, distrust of positive law.
- *'Legal revolution' of the age of codification*[48] that asserted the monopoly of the nation-state to legislate by promulgating the complete new law which contained clearly stated major premises for the syllogistic model of application of law in courts. This legal revolution had a profound influence on the legal profession and the role of legal scholarship in interpreting, criticizing, and applying legal rules. It paved the way to applicability of such generalized rules on contracts in legal practice which should be proved on the basis of law reports of each jurisdiction in comparison.

Thus, the context of the codification of civil law in major European jurisdictions could justify comparability of the general part of contract law, identify its 'common core' in various codes, and suggest to arrange various legal provisions around the practical goals they addressed. A tentative list of issues may include: the practical meaning of the general part, and the concept of contract in case law; the conditions to acknowledge agreements as a contract and to enforce them; the procedures to make, modify, discharge, and terminate contracts, to interpret them, or to provide guarantee or security to the creditor.

3.3 Analysis of the functions and purposes

The most daunting part of application of the functional method in comparative legal history is to demonstrate the link between legal rules and social needs via corresponding goals. The legal rationality of the 19th century Europe implied that the legislator was there to address the social needs with particularly designed norms, institutes, and definitions. This task, however, was not an easy one due to the complexity of societies and limited abilities of human minds to comprehend it. The discrepancy led to imperfect performance at each step of legal regulation. Social needs could be inaccurately understood, the goals might be set inadequately and without clarity, legal rules could be formulated in a way that goals do not follow from them clearly and are not understood properly by the addressed individuals or even professional community.

However schematic this description may be, it raises a variety of questions. Did this link actually exist in all jurisdictions? How was it understood by legislators, judges, legal scholars, and practitioners? What similarities and differences could be discovered in the course of this analysis? How can they be best explained? To answer these and similar questions in relation to the general part of contract law means to analyze its provisions functionally and teleologically with recourse to all groups of primary sources (above n. 3.1). Naturally, such an analysis is likely to reveal both similarities and differences between general provisions on contracts in French, Austrian, German, and Russian jurisdictions which can be only partially explained within the functional approach.

Conclusion

Comparative legal history is still new and lacks research even where legal traditions crossed quite often. Its eventual success depends on a well-thought-out methodology which, as I reasoned in this article, cannot be simply copied either from national legal history, or from comparative law. Yet, we can consider adopting the preferred method of many comparatists to understand law's historical development, at least in Europe. The general part of codified contract law offers a good starting point due to its susceptibility to changes, innovations, borrowings, and a close link with social needs.

This project becomes plausible at least because of two factors. First, comparatists mitigated the rigid assumptions of 'classical' functionalism. It is regarded as *a* method that does not exclude multiple dimensions of law other than its actual application. It has been linked with preliminary contextual studies to design comparative research and proved to be compatible with 'a hypothetical state of legal difference' (*praesumptio dissimilitudinis*) without the necessary pursuit of unification of compared legal systems. Second, many legal historians would agree that law is there primarily to resolve social problems (however different they might be in various societ-

[46] By way of example, for France see: Lahaye, Waldeck-Rousseau, Giraudias, De Morineau, Faye (eds.), *Le Code Civil annoté…* (Rennes, Paris, 1840). For Austria: Franz Edlen von Zeiller, *op.cit*. For Russia: Igor Tjutrjumov (ed.), *Zakony grazhdanskie s razjasnenijami Pravitel'stvujushhego Senata i kommentarijami russkih juristov, kniga 5* (Statut, Moscow, 2004; first published in 1900).

[47] For a detailed bibliography see: Gábor Hamza, *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die romischrechtliche Tradition* (Eötvös Univ., Budapest, 2009).

[48] Jean-Louis Halpérin, *op.cit.*, note 47, 49 f.

ies). It resonates with the attitude of a wider legal community today, as well as at the times of the first civil codes in Western and Eastern Europe. These factors facilitate comparative research of the past with the functional method both at the preparatory stage and at the stage of analysis of the gathered materials.

In the domain of general contract law in Austria, France, Germany, Russia during the 'long 19th century', the functional method can be useful at the preparatory (descriptive) stage to assure comparability of contract law in the selected jurisdictions, to identify omissions in the codified general rules on contracts, and to arrange legal provisions around practically relevant issues. At the stage of analysis, functionalism can be coupled with teleological interpretation of legal norms to enable us to understand better the link between the impact of the legal rules, their legal purposes, and the practical social problems serving as *tertium comparationis* for all the compared jurisdictions.

Building on various groups of sources (including legislation, its drafts and motives, law reports, academic and practical commentaries and treatises) the legal historian can investigate new needs of the modernizing societies which were not met by old contract law, to identify the purposes of the new codified contract law, evaluate correctness of their understanding, application, critique *de lege lata* and *de lege ferenda*, as well as eventual reform of contract law.

The promises of the functional method in comparative legal history do not discard many reservations and limitations highlighted by the advocates of cultural or purely legal approaches in comparative law. Yet, even if this method narrows our perception of law as a cultural phenomenon and breaks the inner logic of its lasting principles, in return, it offers a starting point for a much needed dialogue of legal historians with a wider legal community. Legal history as a distinct discipline does not mean national legal history alone.

ALR 1794	*ABGB 1811*	*BGB 1896*	*Code Civil 1804*	*Svod Zakonov 1832*	*Draft Civil Code 1905*
452 art, in title 1, part 1 (§§ 1-453): ‚On contracts'.	78 art. in chapter 17 ‚On contracts in general'. (§§ 859-937)	68 art. in chapter 3, section 3 (‚transactions') book 1 (‚General part', §§ 145-157) and in section 2, book 2 (‚obligations from contracts', §§ 305-361)	268 art. in Tit. 3, book 3 *‚On contracts or contractual obligations in general*'. (art. 1101–1369)	ca. 25 art. in vol. X, part. 1: - book 2, part. 2 ('On rights *in rem*'), chapter 5, book 2 ('*On rights from obligations*'); - book 2, part. 3, chapter 2 ('*On acquiring rights in rem*'); - book 4 ('On contractual obligations'), part. 1, chapters 1-2, ('*On making and terminating contracts*')	180 art. in book 5 (‚On obligations'), section 1 (‚*Obligations from contracts in general*')
- definitions, - division, I. Capacity; II. Subject matter (legal and illegal), III. Acceptance of an offer. IV. Form of contracts (§109-)	- Ground for personal claims; - Division of contracts; Conditions of validity of contracts (capacity, consent; possibility of performance) Form of contract; - Drafting of contract;	Provisions on contract in the ‚general part': - making contract via offer and acceptance; - good will by interpretation of contracts.	**Chapter 1**: *Preliminary regulations*: definition, types of contracts. **Chapter 2**: *Conditions of validity of agreements*: consent, capacity, subject matter, cause.	- binding effect of obligations and their enforceability (art. 568-573); - invalidity of acquiring rights in rem under duress or fraud (art. 700-703);	**Chapter 1**: *Contracts*: definition, conclusion, subject matter, vices of agreement, third parties, collateral. **Chapter 2**: *Performance*: general rules, order of discharge, non-performance.
V. Securing contract. (§185-) VI. Additional contract clauses. (§ 226-) VII. Rules of interpretation. (§252-) VIII. Performance of contracts. (§270-)	- Joint and several obligations Additional clauses in contracts: - conditions; - motive; - time, place, mode of performance; - earnest money; - compensation for termination; - additional charges;	Titles in the section ‚Obligations from contracts' 1) making contracts, their subject matter; 2) commutative contract;	**Chapter 3**: *Effect of obligations*: general rules, obligations of giving or (not) doing, damages, interpretation, third persons. **Chapter 4**: *Species of obligations*: conditional, for a term, alternative, joint and several, (in)divisible, penal clauses.	**Section 1**: 'On drafting, making, discharging and terminating contracts in general' Chapter 1: 'On drafting and making contracts in general (art. 1528-1544) Chapter 2: On discharging contracts. (art. 1545-1553)	**Chapter 3**: *Cession and delegation*: **Chapter 4**: *Termination of contractual obligation*: general rules, set-off, confusion of debts, agreement to renounce, repudiation. waiver.
IX. Termination (§349-). X. On joint and several obligations. (§424-)	Interpretation of contracts. Performance and termination. General rules on commutative contracts. Guarantee and warranty (cases of liability, conditions, consequences). Abnormal loss of more than half. Precedent agreement.	3) promise to third party; 4) earnest money, penalty; 5) repudiation.	**Chapter 5**: *Extinction of obligations*: payment, novation, remission, compensation, confusion, loss, nullity or rescission. **Chapter 6**: *Proof of obligations and of payment*: literal, testimonial, presumptions, acknowledgment, oath.	**Section I1**: 'On collateral in contracts and obligations'. 1) suretyship, 2) penalty, 3) pledge, 4) pawn. (art. 1554-1678)	**Chapter 5**: J*oint and several obligations*.

Mikhail Gorchakov – the Viceroy of the Kingdom of Poland and his Actions towards the National Movement in 1861

Jacek Wałdoch *

Abstract

The governors of the Kingdom of Poland in 1861-1862 were forced to balance between the necessity to follow the orders of the tsar and prevent the revolutionary moods of the crowds. The most characteristic in this respect became 1861, when four governors ruled the Kingdom of Poland. This meant that the tsar had a clear difficulty in choosing the right administrator, who would be able to quickly curb the independence aspirations of Poles, but without using radical means, which only heightened social dissatisfaction. It was a demanding mission, because the governors came from military circles, which made it difficult for them to administer the country and to understand internal politics. The indecisiveness of the emperor and the frequent changes in the position of the governor caused this to destabilize the government in the country. It gave the possibility of free development of the national movement, which finally grew into a strength that could not be stopped by the existing means.

Keywords: *viceroy; Kingdom of Poland; independence movement; uprising.*

After twenty-five years of uninterrupted rule of Count Ivan Paskevich there was a clear breakdown of continuity in holding an office of a viceroy. It took place in the pre-uprising period when destabilization of social-political factors demanded that governors of the Kingdom of Poland had particular tactical skills when dealing with demonstrators as well as maintaining contacts with the Emperor. The latter expected an immediate settling of matters with the riots' leaders, at the same time not being aware of the realities of Warsaw. This resulted, among others, from a purposeful failure to provide information to the ruler about the events in the Kingdom or diminishing their importance.[1] Being afraid to lose their positions and fall into disgrace, viceroys balanced between the necessity to fulfill the Tsar's orders and revolutionary moods of the crowd. The latter was unpredictable and, thus, difficult to control and suppress successfully although actions to soothe the situations, even if only seeming, were taken.

After Ivan Paskevich's death and taking over duties from Vincent Krasicki, in 1856 the post of a viceroy was taken by Prince Mikhail Gorchakov. He was probably born in 1792[2] in an impoverished noble family, the origin of which goes back to Ruric dynasty. Numerous generations of the Gorchakov were related to the army, where they were looking for the means of livelihood and sense of prestige. Rich military tradition had to be continued by Mikhail, whose career started very early, at the age of fifteen, when in 1807 he joined Guard Artillery as a junker, in the same year getting promoted to the officer rank.[3] His father did not only took care of a proper military training of his children, but also took care of their humanistic education, thanks to which Mikhail knew French and German. That made him different from the majority of Russian soldiers, but at the same time he did not quite comprehend the art of war. Still, he was eager to take part in several battles during Napoleonic Wars, and his superiors, despite the disproportions when compared to his comrades, decided about his quick promotions and responsible positions. In 1815 he became an adjutant of Field Marshal Baron Ivan Diebitsch, two years later he had the rank of a quartermaster colonel and in 1820 he was made chief of staff of an infantry third regiment. As a major-general he partook in the Balkan campaign against Turkey in 1828-1829 when he personally prepared the plan of attack on Szumla[4] in order to conquer the fortress. It was decided to hit the front, taking the main earthwork. Unfortunately, Gorchakov's analytical mind and his indecision resulted in the attackers' defeat and a dangerous situation on the Russian defense lines. During the battle, two commanders of the sent troops were killed,

* Jacek Wałdoch MA, Department of History of Law, Faculty of Law and Administration, University of Gdańsk, Poland.

1 *Korespondencja namiestników Królestwa Polskiego z 1861 roku*, Ed. S. Kieniewicz, I. Miller, Wrocław-Warszawa-Kraków 1964, vol. I, part. I, p. 9.

2 [W. Przyborowski], *Historia dwóch lat 1861-1862, Część wstępna. 1856-1860,* Kraków 1892, vol. I, p. 55; M. Berg, *Zapiski o powstaniu polskim 1863 i 1864 i poprzedzającej powstanie epoce demonstracji od 1856 r.*, Kraków 1898, vol. I, p. 30; D. N. Sziłow, *Gosudarstwjennyje dejatjeli rossijskoj imperii. Gławy wysszich i cjentralnych uczrieżdjenij* 1802 – 1917, Sankt Petersburg 2001, p. 188; compare*: Korespondencja…*, Ed.: S. Kieniewicz, I. Miller, p. 330; *Encikłopedija wojennych i morskich nauk*, ed.by. gen. Liejer, Sankt Petersburg 1885, vol. II, p. 555.

3 M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, p. 30; indicates bad financial situation of Mikhail, who had to share parade shoes with his brother Peter.

4 *Fortece tureckie w Europie, Sprawy zagraniczne*, „Gazeta Lwowska", Lwów, 1 V 1877, no 100, p. 3, where Szumla (today Shumen) was described as „main fortress of European eastern Turkey". Together with neighboring strongholds it had the capacity of at least 60000 soldiers.

which had wide coverage in the Tsarist army. He was hated by his subordinates, who accused him of clumsiness and lack of decisiveness. Gorchakov surely did not possess the qualities of a good commander, that is why his next military expeditions ended in defeats. He must have been really confident[5] because in his contacts with soldiers of a lower rank he emphasized his high position, pouring scorn on people who did not know even a few words in French. He did not care much about the opinions about him and his superiors supported him in conviction that he was a genius, giving him more distinctions.[6] Already at the rank of adjutant-general and at the position of chief of staff of the first corps he took part in suppressing the uprising in 1831.[7] It was then when he was noticed by Ivan Paskevich, who was looking for a chief of staff of a regular army. According to the viceroy, Gorchakov was perfect for that role because of his personal qualities, above all, indecision and problems with making decisions independently. The field-marshal needed a submissive person who would not be able to thwart his plans, at the same time assuming that Gorchakov would not be eligible for such a responsible position.[8] The viceroy stated that, if necessary, he would react anytime and correct wrong decisions of the absent-minded duke. In 1843 Gorchakov got promoted becoming a general of artillery and three years later he received a nomination for the position of Military General-Governor of Warsaw,[9] ruling over the army, police and civil administration. The next years Gorchakov spent on military activity, especially in the Crimean War in 1854-1856 at the Danube area. On order of Paskevich, he took command of the southern army after Prince Alexander Menshikov, who was dismissed because of his defeats.[10] Despite run of misfortune, Gorchakov was given a chance to prove himself far from the battle fields but in difficult conditions as well. He took the position of the viceroy of The Kingdom of Poland after the deceased field-marshal Ivan Paskevich on 1 February 1856. The latter for over twenty years had pointed out the weaknesses of his protégé, considering him to be "a zero", nevertheless, rewarding with promotions for loyalty.[11] This difficult service at the side of Paskevich left mark on the Prince's psyche, who in addition, became partially sighted and hard of hearing, which sometimes resulted in his living out of touch with reality.[12] The beginning of his tenure coincided with the visit of the Tsar Alexander II in Warsaw who, during the meeting with representatives of the gentry on 27 May 1856, announced a series of reforms in the Kingdom of Poland, at the same time stating that the Poles should give up all dreams of independence. This thought is said to have been suggested earlier to the Tsar by Prince Gorchakov.[13]

The policy adopted by him aimed at the Poles did not bring the expected results. They started taking part in heated political debates about the future of the country and about the meaning of Tsar's words uttered to them in 1856. Revolutionary sentiments grew constantly, aggravated by strong influence of the clergy on Warsaw community. If at first conspiracy movements were engaged in a harmless agitation ignored by Gorchakov,[14] the course of events accelerated in 1861 with huge demonstrations taking place at the streets of Warsaw on 13 (25) and 15 (27) February, which resulted in five casualties on the side of the demonstrators.[15] On the same day, The City Delegation with the representatives of Agricultural Company appeared at

[5] M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, p. 32, who says that Mikhail Gorchakov travelling with Paul Kotzebue, the next governor-general of Warsaw Said to him: „You know, my dear, I am intelligent enough, I studied artillery, strategy, engineering… but I made mistakes because I have no experience… it is true, my Prince".

[6] *Ibidem*, p. 34, 40; Mikhail Gorchakov received orders of St George, St Vladimir of the second degree, St Anne, St Alexander Nevsky as well as a golden sword set with diamonds with the inscription, for bravery". He also became a lessee of land for the period of twelve years, for what he received an income of two thousand rubles. Later he was also awarded an order of St Leopold, St Stephen, St January, Red Eagle and others.

[7] S. Orgehand, *Encyklopedia powszechna z ilustracjami i mapami,* vol. IV, *od litery G do Herburty*, Warszawa 1900, p. 232.

[8] M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, pp. 35–36, where an episode was described that proved Gorchakov's inefficiency in commanding the army. In 1842 Ivan Paskevich organized a war board game where had the role of an attacker and Gorchakov was supposed to lead the defense. The game was about moving around the pieces symbolizing appropriate military troops on the game board. The moves were made during the opponent's absence when he left the room for a while and then the pieces were covered with paper. During one of the games, Gorchakov's helper suggested that he should arrange the pieces in a different. The general in his indecision changed the arrangement twice, asking Paskevich to leave the room, which made him angry. Fiodor Berg, who was making fun of Gorchakov, created the situation in which he felt offended and the game had to be interrupted.

[9] F. Ramotowska, *Zarząd Wojennego Generał – Gubernatora Warszawskiego,* [in:] *Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie. Przewodnik po zasobie*, vol. II, *Epoka porozbiorowa*, Warszawa 1998, p. 427; compare with: S. Orgelbrand, *op. cit*., p. 232, where the office of military governor of Warsaw was mentioned. Franciszka Ramotowska demonstrated that by the Tsar's order from 26/28 May 1846 it was renamed for a military governor-general of Warsaw as a result of expanding his competences and nominating general Mikhail Gorchakov for this position.

[10] M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, p. 42, who reports that field-marshall Paskevich was to regret having recommended Gorchakov for the position of the army commander>>I confess that I offended against the homeland, helping to elevate you, Prince, to the position that you are now occupying<<

[11] *Ibidem*, p. 37, 40, who quotes Paskevich's words about Gorchakov: >>He is no helper to me at all, he's a pawn, a zero!<<

[12] *Ibidem*, s. 37, 42; [author unknown], *Przed powstaniem styczniowym. Rozprawa w Kole literacko – artystycznym we Lwowie nad książką Historia dwóch lat 1861 – 1862 przez Z. L. S.*, Lwów 1894, p. 55, where the author defines Gorchakov as, a decrepit zero, without will and energy, dozing on his curule chair and reading French romances".

[13] *Ibidem*, s. 51; [author unknown], *Przed powstaniem…*, pp. 15–16; S – n B – and [signature unsolved], *Zasługi Aleksandra II*, „Gazeta Narodowa", Lwów, 23 III 1881, p. 2, where Tsar's words to the representatives of the nobility were quoted „No dreams! I will be mercilessly ruthless and I can be ruthless". The author of the dissertation *Przed powstaniem[…]* noticed that the Tsar spoke in a similar tone already on 23 May 1856 when he received the representatives of the clergy, nobility and the officials.

[14] *Michał Gorczakow do Aleksandra II*, Warszawa, 5 (17) II 1861, [in:] pp. 4–5.

[15] H. Lisicki, *Aleksander Wielopolski 1803 – 1877*, Kraków 1878, vol. I, p. 143; *Michał Gorczakow do Aleksandra II*, Warszawa 14 (26) II 1861, [in:] *Korespondencja…,* vol. I, part I, *p*. 5; *Michał Gorczakow do Aleksandra II*, Warszawa, 16 (28) II 1861, [in:] *Ibidem, pp*. 5–6.

the viceroy's palace. Its members expressed their bitterness in a direct way and they presented the viceroy with the list of demands.[16] Gorchakov eventually capitulated and agreed to fulfill all the demands. One of them was the dismissal of an ober police-chief Fiodor Trepov,[17] for suspension of whom the deputy was reprimanded by the Tsar.[18] That shows that the Prince faced great pressure not only from the Poles but also from close advisors and the Emperor refusing any concessions as well.[19] In his letters to the ruler, he explained the steps taken as the ones preventing an uprising. He was terrified that the rejection of demands made by the Poles could lead to the loss of control over the city, withdrawal of troops to the Citadel, and eventually bombing of Warsaw.[20] The viceroy, fearing that the situation in Warsaw could worsen, on 2 March sent John Karnicki, a State Secretary to the Administrative Board, to Sankt Petersburg with the mission to relate the events in Warsaw and with the proposition of wide-ranging reforms.[21] Before Karnicki's visit to the Tsar, the latter in his telegram to Gorchakov from 21 February (5 March) 1861 ordered disarming of The Kingdom's population, and if necessary, shelling Warsaw.[22] The attention must be drawn here to the Warsaw garrison which, in case of uprising, would be able to defend the Palace and Citadel. It is estimated that at the beginning of 1861 10,600 soldiers stationed in Warsaw and after the events in February there was increase in their number to 15000. Still, they were oriented to defense and maintenance of the connections with The Empire rather than to a counterattack, because of obvious difficulties with shifting troops from the province where they were necessary. The news about the demonstrators got also there and that is why it was feared that rapid patriotic movement could develop. Only after several months was it possible to man the western areas of The Kingdom and stabilize a military situation.[23] Events in The Kingdom had their repercussion in The Empire, arousing curiosity among its political activists. On one hand, there appeared negative emotions like fear of a sudden change in internal policy of the government and of threat to the reform process; on the other hand, great interest and even respect for revolutionary movement was expressed.[24]

Meanwhile, the viceroy in agreement with margrave Alexander Wielopolski sent the draft of an edict about the reforms of the latter to Petersburg. It hit the agenda of the Council of Ministers on 13 March 1861 and on 21 March (2 April) the contents of the edict was announced to the public.[25] During the period of waiting for the edict, Gorchakov, who observed increase in activity of revolutionary movements, asked for indicating a precise date of Karnicki's arrival.[26] Probably in order to soothe the viceroy, the Tsar telegraphed on 14 (26) March that he supported the nomination of Wielopolski to the position of the Director of the Government Committee for Religion and Public Education and Leon Gieczewicz to the Director of the Government Committee for Internal Affairs.[27] Prince Gorchakov reported to the minister of war Nikolai Sukhozanet about the positive reactions of the public to the announced reforms and nominations,[28] which turned out to be a premature expression of optimism. The deputy was no longer able to control nationalist movements, which with each subsequent demonstration grew stronger, starting from the day of a funeral (2 March) of five people killed in the incident from 27 February 21 in 1861. The situation in the city aggravated after the liquidation of the City Delegation and Agricultural Society on 6 April,[29] which made the public react with further riots.[30] On 7 April 1861 the Poles gathered also in front of the viceroy's palace. Gorchakov fulfilled his earlier promise and, supporting himself on a cane, came out to the demonstrators shouting that they should disperse, but the crowd reacted with laugh and calling him names, forcing the viceroy to retreat behind the cordon of soldiers.[31]

Gorchakov procrastinated making the decision about solving Polish organizations[32] in the situation when a proper Tsarist edict was received by him on 18 March.[33] In order to restrict demonstrations, a decision initiated by Wielopolski was made to pass a *Law about Gatherings,* which was announced on 8 April.

---

[16] M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, pp. 154–156; H. Lisicki, *op. cit*., vol. I, p. 144, who give an account of a photographer Karol Beyer: „[…] we were greatly exasperated; we did not know that it was what made the biggest impression. The audience took about an hour and we all together or each separately were arguing as we could, not beating around the bush. […] only later did they concede Tropov to us, et cetera, et cetera."

[17] [J. Stella – Sawicki], *Ludzie i wypadki z 1861–1865 r*., Lwów 1894, p. 41.

[18] *Aleksander II do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 16 (28) II 1861, 14:50, [in:] *Korespondencja…*, vol. I, part. I, p. 7.

[19] *Aleksander II do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 16 (28) II 1861, 16:50, [in:] *Ibidem*, p. 10

[20] *Michał Gorczakow do Aleksandra II,* Warszawa, 17 II (1 III) 1861, [in:] *Ibidem,* p. 12.

[21] D. Szpoper, *Aleksander Wielopolski i próba ustrojowej rekonstrukcji Królestwa Polskiego w latach 1861 – 1862,* [in:] ed. by L. Mażewski, *Próba ustrojowej rekonstrukcji Krolestwa Polskiego w latach 1861 – 1862. W 150. rocznicę reform margrabiego Aleksandra Wielopolskiego*, Olsztyn 2012, p. 11; H. Lisicki, *op. cit*., vol. I, p. 144; [J. Stella – Sawicki], *op. cit*.,p. 52.

[22] *Aleksander II do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 21 II (5 III) 1861, [in:] *Korespondencja…*, vol. I, part. I, p. 23.

[23] K. Groniowski, *Dowództwo rosyjskie wobec manifestacji warszawskich 1861 roku*, [in:] *Przegląd Historyczny*, vol. 52, pp. 726, 737–738.

[24] H. Głębocki, *Fatalna sprawa. Kwestia polska w rosyjskiej myśli politycznej (1856–1866)*, Kraków 2000, p. 150.

[25] D. Szpoper, *Aleksander…*, pp. 15–19, where works on the reforms project were more exactly described.

[26] *Michał Gorczakow do Aleksandra II,* Warszawa, 13 (25) III 1861, [in:] *Korespondencja…*, vol. I, part. I, p. 73.

[27] *Aleksander II do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 14 (26) III 1861, [in:] *Ibidem,* p. 75.

[28] *Michał Gorczakow do Mikołaja Suchozaneta*, Warszawa, 18 (30) III 1861 [in:] *Ibidem,* p. 82.

[29] [J. Stella – Sawicki], *op. cit*., p. 43.

[30] [W. Przyborowski], *Historia…*, part I, Year 1861, vol. II, *Styczeń – Maj*, Kraków 1893, pp. 138 – 139.

[31] M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, p. 269.

[32] J. K. Janowski, *Pamiętniki o powstaniu styczniowym. Czasy przedpowstaniowe 1854–1862*, Warszawa 1931, vol. III, pp. 224–225.

[33] *Aleksander II do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 6 (18) III 1861,[in:] *Korespondencja…*, vol. I, part I, p. 56.

Its effect was counterproductive, conducing to the bloody clashes in the streets of Warsaw. Tsar Alexander II and the Minister of Foreign Affairs, Alexander Gorchakov, occasionally criticized the viceroy for the policy of concession, insisting on taking more radical measures.[34] In reply, Gorchakov sent a telegram to the Minister of Foreign Affairs with a dramatic description of his situation, where he stated that he was surrounded by treachery and pointed out at the, stupidity of his co-workers".[35] Tension he had felt for a few previous days led to deterioration of both his physical and mental health,[36] forcing him to move out to the Belvedere. He informed Nikolai Sukhozanet about his illness in a telegram from 19 April 1861,[37] and the Tsar gave his consent for the viceroy to leave the Kingdom to recuperate.[38] In an act of redress to the Tsar for a previous internal policy and with the intention of warning the population of Warsaw, he decided to establish four war districts in the city with appointed chiefs of war.[39] It was another maneuver performed to avoid announcing the state of siege, to which the Tsar gave his approval in case of further demonstrations.

The viceroys health deteriorated day after day, which resulted in bringing his wife and two daughters to Warsaw. General Nikolai Kryżanowski informed Petersburg about Gorchakov's state in the telegram from 25 May writing that "the doctors said there was no threat to his health",[40] but he was not able to fulfill his duties. As a result, the viceroy was moved away from responsibilities, delegating them to General Kryżanowksi and general Zygmunt Marchelewicz, who so far had held the position of a War Governor General of Warsaw[41]. The first of them took command of the army, and the second replaced the deputy in The Administrative Board.[42] The last proposition of Gorchakov was to bring Mikhail Muravyov to Warsaw, later called "The Hangman"[43] as his deputy, but that nomination was not accomplished and it was decided that Minister Sukhozanet should be delegated to The Kingdom.[44] General Mikhail Prince Gorchakov died after suffering from a fatal illness in the Palace of Belvedere on 30 May 1861. After his body being transported by rail and ship he was buried in Sevastopol on 19 June 1861 in accordance with the deceased will.[45]

[34] *Aleksander II do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 8 (20) III 1861, [in:] *Ibidem*, p. 59; *Aleksander Gorczakow do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 28 III (9 IV) 1861, [in:] *Ibidem*, p. 108.

[35] *Michał Gorczakow do Aleksandra Gorczakowa*, Warszawa, 29 III (10 IV) 1861, [in:] *Ibidem*, p. 112.

[36] [W. Przyborowski], *Historia…*, part I, vol. II, p. 381, where he cites the rumor that the apparitions of women wearing black started to appear to the viceroy.

[37] *Michał Gorczakow do Mikołaja Suchozaneta,* [in:] *Korespondencja…*, vol. I, part. I, p. 129; J. K. Janowski, *op. cit*., p. 266.

[38] *Aleksander II do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 16 (28) V 1861, [in:] *Ibidem*, p. 199.

[39] M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, p. 248.

[40] *Mikołaj Kryżanowski do Mikołaja Suchozaneta*, Warszawa, 13 (25) V 1861, [in:] *Korespondencja…*, vol. I, part. I, p. 195.

[41] M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, p. 296.

[42] *Mikołaj Suchozanet do Zygmunta Marchelewicza*, Petersburg, 14 (26) V 1861, [in:] *Korespondencja…*, vol. I, part. I, p. 195; J. K. Janowski, *op. cit*., p. 267.

[43] D. Szpoper, *Sukcesorzy Wielkiego Księstwa. Myśl polityczna i działalność konserwatystów polskich na ziemiach litewsko – białoruskich w latach 1904–1939*, Gdańsk 1999, pp. 5–6.

[44] *Piotr Sofianos do Aleksandra Gorczakowa*, Warszawa, 14 (26) V 1861, [in:] *Korespondencja…*, vol. I, part. I, p. 196; *Aleksander II do Michała Gorczakowa*, Petersburg, 15 (27) V 1861, [in:] *Ibidem*, p. 197.

[45] M. Berg, *Zapiski o powstaniu…*, vol. I, p. 298, 325; J. K. Janowski, *op. cit*., p. 267; [W. Przyborowski], *Historia*..., part. I, vol. II, p. 478.

Patent Legislation of the Kingdom of Poland from 1817 to 1867

Tomasz Dolata *

Abstract

The aim of this paper is the approximation of issues related to the sovereign patent legislation that operated in the Kingdom of Poland from 1817 to 1867. The Kingdom of Poland swiftly began to provide legal protection to inventiveness by introducing requisite legal provisions in 1817, which were then amended in 1837. After 50 years of that legislation staying in force, there was a substitution of those provisions by Russian regulations, which in turn ended the legal autonomy of the Kingdom as to patent matters (1867).

Keywords: *industrial property law; Kingdom of Poland (Congress Kingdom); patent law of the Kingdom of Poland until 1867.*

1. Introduction

The Kingdom of Poland was a state entity that was constituted by virtue of the findings of the Congress of Vienna, during which the Polish question was one of the more important issues put to the discussion by then-great European powers. The Kingdom of Poland, also referred to as "Congress Poland", existed for a period of 100 years (1815-1915). Through that time, the territory of the Kingdom was politically and organisationally conjoined with Russia and underwent various constitutional phases – from internal autonomy (1815-1830), through the period of restricting constitutional autonomy (after the demise of the November Uprising), to the definite equalization thereof with other Russian provinces (after the demise of the January Uprising). The 'constitutional periodisation' thus indicated does not correspond to a delineation of periods in regard to then-applicable law, in particular patent law. As to the latter, one could distinguish two main periods:

- years 1817-1867: legislation of the Kingdom of Poland, separate from Russian law,
- years 1867-1915: legislation of the Russian Empire, extended to the territory of the Kingdom of Poland.

This contribution is devoted to the presentation of issues that pertain to the sovereign patent legislation that operated in the Kingdom of Poland from 1817 to 1867.

The XIX Century involved a dynamic development of industry, the driving force of which was constituted by inventions. An increase in the number of inventions caused the demand to safeguard the interests of inventors by way of introducing patent protection. Respective countries began to introduce their own legal regulations that protected inventions. The first statutes to that effect were passed in the United States of America (10. 04. 1790) and in France (31. 12. 1790).[1] The Kingdom of Poland was also among those states in which legal provisions safeguarding inventiveness were quickly introduced. As far as the possibility of enjoying patent protection was concerned, this placed the industrially- and economically-underdeveloped Kingdom of Poland on an even footing with highly industrialized states.

2. The first patent legislation in the Kingdom of Poland – the Order of the Viceroy "On the liberty of patents and on letters of award" of 11. 03. 1817[2]"

The beginning of the protection for rights of inventors in the Kingdom of Poland may be found in 1817[3] - that is, in the adoption of the law "On the liberty of patents and on letters of award". A reference to the constitution of the Republic of Poland is necessitated here by the formal considerations to be taken into account, as those considerations allowed the adoption of those first provisions that protected inventiveness in the Kingdom of Poland. According to the constitution given to the Kingdom by Tsar Alexander I on 27 November 1815,[4] the viceroy[5] served as the head of the state administration. The imperial nomination to that post was extended to – as of 1

* Tomasz Dolata, Ph.D., adjunct, Faculty of Law, Administration and Economics, University of Wrocław, Poland.

1 Słomski, M., Historia rzecznictwa patentowego w Polsce, Kraków 1997, p. 16-17. Other states that ensured a regulation of issues of patent protection in the first half of the XIX Century are listed by du Vall, M., Prawo patentowe, Warszawa 2008, p. 44-45. Cf. Gargas, Z., Nowe prawo patentowe w Austryi, Gazeta SądowaWarszawska 1896, p. 638.

2 "Journal of Laws" of the Kingdom of Poland, tome 7.

3 Before that date there were no provisions in force in the Kingdom as to that matter.

4 "Journal of Laws" of the Kingdom of Poland, tome 1, no. 1.

5 That office symbolised constitutional separation of the Kingdom of Poland from the Russian Empire. Cf. further Mażewski, L., Namiestnik Królestwa Polskiego 1815-1874. Model prawny a praktyka ustrojowo polityczna, Radzymin 2015.

December 1815 – to General Józef Zajączek.[6] The constitutional position of the viceroy was regulated by Chapter III of the Constitution (Articles 63-75).[7] According to Article 67 of the constitution, the viceroy was provided by a competence to issue orders within the Administrative Council, on condition that those orders required a countersignature of the competent minister to be valid (Article 68). Those orders were to be issued by the viceroy in the scope of, and within the framework set up by the constitution, organic statutes and the laws of the *Sejm* (statutes, resolutions).[8]

On 11 March 1817, at a session of the Administrative Council of the Kingdom of Poland, the viceroy issued the order "On the liberty of patents and on letters of award".[9] State counsel Stanisław Staszic[10] countersigned that act as a substitute of the minister of internal affairs and the police. The order was promulgated on 26 August 1820 in the "Journal of Laws" for the Kingdom of Poland, no. 28, tome VII, pp. 41-48. That law differentiated between two types of protection: patents of liberty (Articles 1-5) and letters of award (Articles 6-15).

According to Article 1 of the order at issue: "For factories, manufactories or other useful workshops not yet brought into the country, or not yet brought enough, to the first who appear in order to found them shall be issued patents of liberty". Those patents were issued for a charge by the Governmental Commission of Internal Affairs and the Police (Article 2), for a specified period that amounted to either 3, 6 or 9 years (Article 5), and they were to remain in force exclusively within an area for which they were issued.[11] A patent of liberty therefore guaranteed, for a person who was entitled thereto, exclusivity as to operating a given business. However, without any doubt, patents of liberty had nothing in common with inventions. The aim of those provisions was to create the most advantageous conditions possible for the emerging industry.

Articles 6-15 of the order at issue were devoted to the protection of inventions properly so-called, pertaining to letters of award - which were granted for new inventions and their improvements.

Letters of award were granted for the period of either 5, 10 or 15 years, via the Governmental Commission of Internal Affairs and the Police (Article 6). A person interested in issuance of a letter of award should have appeared with a required application before a Voivodeship Commission that was competent as to the venue, and while in Warsaw – to the president of the city, and:

- aver on the official record whether a filing made by him or her is an invention, an improvement, or a so-called "carrying over from abroad",[12]
- lodge a sealed and accurate description of the subject-matter of the filing, along with every model, plan, drawing, etc.,
- aver as to whether the description filed by him or her is to be published or not (Article 7).[13]

For the entirety of the duration of the protection guaranteed by a letter of award, other persons that were within the territory of the Kingdom of Poland could not utilize a given invention (Article 10). After the expiry of the protection flowing from a letter of award, an invention was becoming public property (Article 11). Therefore, on one hand, interests of the inventor were protected against counterfeiting through the period specified in a letter of award, while, on the other, the legislators ought to enable the inventions to serve, to the fullest extent, the society, by way of the possibility to use those inventions free of charge after the expiry of the period of protection. This aim was guaranteed by the stipulation on the transfer of inventions into the common property. The order allowed the owner of a letter of award the possibility to effect either a full or a partial assignment of his or her ownership to the benefit of a third party. To that end, he or she should make a requisite declaration, jointly with the assignee, at the secretariat of the Voivodeship Commission (Article 12). In the event of improving an invention protected by a letter of award, where such improvement was effected by

[6] Józef Zajączek (1752-1826) – a deputy of the Four-year Sejm, a participant in the Kościuszko Insurrection, a general in the Napoleonic Army, participated in the Moscow campaign in the time of the Duchy of Warsaw.

[7] Furthermore, by way of a royal order of 29 April 1818 on the authority of the viceroy, his constitutional powers were expanded upon.

[8] Stankiewicz, Z., Królestwo Polskie 1815-1863. In: Bardach, J., Senkowska-Gluck, M. (eds), Historia państwa i prawa Polski, Tome III, Warszawa 1981, p. 229. See also: Michalak, M., Postanowienia króla, namiestnika, Rady Administracyjnej jako źródła prawa w Królestwie Polskim do 1830. In: Mażewski, L. (ed.), System polityczny, prawo i konstytucja Królestwa Polskiego 1815-1830. W przededniu dwusetnej rocznicy powstania unii rosyjsko-polskiej, Radzymin 2013, p. 374.

[9] Orders of the viceroy could have either a general character (i.e. relating to the entirety of the state) or individual (i.e. regulating affairs of given individuals). The stipulations contained in the provisions of 11 March 1817 "on the liberty of patents and on letters of award" were general in their character. In turn, respective letters of award issued on the basis thereof had, obviously, individual nature.

[10] Stanisław Staszic (1755-1826) – one of the most prominent representatives of the Enlightenment, an activist for the reformist camp during the period of the Four-Year Sejm, a minister of state in the Duchy of Warsaw, subsequently a counsel of state.

[11] On condition that no one, save the holder of the patent of liberty at issue, could set up a workshop of that kind in a given area (Article 3). Moreover, in accordance with Article 4, municipal authorities were allowed to accord certain facilities to entrepreneurs, e.g. by way of partitioning available plots of land out for construction purposes, etc.

[12] Provisions from 11 March 1817 "on patents of liberty" did not contain any definition of an invention or an improvement. For that, one should assume that "inventions" constituted objects (recipes) that contained a feature of "novelty", whereas "improvements" did not exhibit a feature of "novelty", yet were an original development of extant objects (recipes). In turn, "carrying over from abroad" was an instance of regulating import of new technologies to the Kingdom of Poland.

[13] In the event of the holder of a letter of award giving consent to publishing the description filed thereby, no other person could emulate or perform what was described through the entirety of the protection's duration. In the event where the description was not to be published, anyone who discovered that invention, or invention akin thereto, could effectively require appropriate protection to be granted for him or her by way of issuing a separate letter of award.

an owner of said letter, a separate letter of award was issued (Article 13), which corresponds to the contemporary institution of an additional patent. Letters of award could be rendered null and void in administrative proceedings[14] and in judicial proceedings (Article 14).[15] Furthermore, every letter of award, or of improvement, was made known and published in the "Journal of Laws"[16] of the Kingdom of Poland (Article 15).[17]

Letters of award for inventions and improvements to be issued by virtue of the provisions enacted on 11 March 1817 were to be orders of the viceroy who was acting in the name of the Russian emperor. However, due to evolution of the office of the viceroy, and alterations to his powers related thereto,[18] the time during which the order of 1817 remained in force should be divided into three periods.

The first one amounted to the period from 1817 to 1826, *i.e.* from the issuance of the order of 11 March 1817 to the death of viceroy J. Zajączek. During that period, the viceroy was a leader of the Administrative Council, which was his mandatory advisory body. The viceroy issued every orders, which however required a countersignature of the competent minister.[19] As such, the letters of award were to be issued during that time by the viceroy after furnishing him with requisite applications by the Governmental Commission of Internal Affairs and the Police (Article 5 of the provisions from 1817). Those acts were therefore signed by the viceroy and by the minister of internal affairs and the police, who thus effected the countersignature.[20]

The second period, i.e. 1826-1832, was the period when the office of a viceroy was vacant,[21] and his competences were taken over by the Administrative Council. As such, it was the Administrative Council which issued subsequent orders on letters of award.[22] Those acts were signed in the name of the Council by one of its members – the president, to whom a title of "Presiding in the Administrative Council" belonged. The one thus presiding was the minister of state – Walenty Sobolewski.[23] After putting down the November Uprising, the tsar created the Provisional Government of the Kingdom of Poland by way of a decree of 16 September 1831; that Government subsumed the powers of the Administrative Council. Because of that, letters of award from that period were being constituted by the Provisional Government of the Kingdom of Poland and signed by the Duke of Warsaw.[24]

The third period, from 1832 to 1837, lasted from the reactivation of the Administrative Council under the leadership of the viceroy to the point where new provisions were adopted. As of then, letters of award were issued again by the Administrative Council,[25] and those orders were signed in its name by the viceroy, or alternatively by a "member of the Administrative Council presiding in the absence of the viceroy".[26]

If one were to summarize and analyse the period during which the provisions from 1817 remained in force, it cannot be left unnoticed that not everything was *lege artis* as to the procedure (practice) of granting letters of award. Despite the legal obligation to publish all letters of award in the "Journal of Laws",[27] only 76 acts granting patent rights were published therein. As it was found previously by the Polish academia, there was a total of 81 letters issued,[28] which emphatically evidences the fact that the remit of the above-mentioned Article 15 was not always strictly adhered to.

[14] By virtue of a resolution of the Governmental Commission of Internal Affairs and the Police, where an inventor did not provide a true and complete manner of utilising his or her invention, or where an invention was not applied in practice within the period of 6 months from the date of serving the holder with the letter, without excuse for a cause of such a delay.

[15] In the event where the ownership of an invention was judicially negated in an effective manner.

[16] The "Journal of Laws" was an official gazette for legal enactments issued in the Kingdom. It was within that gazette where expressly indicated legal enactments were published, divided into acts of a political, administrative, military, fiscal, judicial and police nature, etc. The "Journal of Laws" was appearing from 1815 to 1871. After its liquidation (by a decree of 23 March 1871), legal enactments relating to the Kingdom of Poland were promulgated in a manner applicable to the entirety of the empire, i.e. they were placed in the publication "Sobranije uzakonienij i rasporiażenij Prawitielstwa", along with other legal enactments for the empire. Due to a private initiative of Polish jurists, there was an unofficial collection of legislation in force within the territory of the Kingdom – entitled "the Collection of Laws" – being published, from1875 to 1904. Viz more on the subject: Witkowski, W., Historia administracji w Polsce 1764-1989, Warszawa 2007, p. 135; Wierzchlejski, R., Z powodu wydawnictwa "Zbioru Praw", Gazeta SądowaWarszawska 1885, no. 14, p. 211 et seq.

[17] That was a derogation from the principle that there is no obligation on part of the viceroy to publish his orders in the official promulgation gazette, Izdebski, H., Rada Administracyjna Królestwa Polskiego w latach 1815-1830, Warszawa 1978, p. 94. See also: Dziedzicki, A., Stosunek prawnopaństwowy Królestwa Kongresowego do Rosyi, Themis Polska, series II, tome 7, Warszawa 1917, p. 394; Kaczkowski, J., Przyczynek do historji wydawnictwa Zbioru Przepisów Administracyjnych Królestwa Polskiego, Gazeta SądowaWarszawska 1915, no. 52, p. 576-577.

[18] Also due to the alteration of mutual relations between the office of the viceroy and the Administrative Council.

[19] In the event of the competent minister (here –minister of internal affairs and the police) being unwilling to grant the countersignature, any other minister could sign.

[20] There is but one letter originating from that period that was published in the "Journal of Laws".

[21] No new viceroy was appointed in the Kingdom after General J. Zajączek's death.

[22] The Administrative Council issued three letters of award that were published in the "Journal of Laws".

[23] Cf. further: Izdebski, H., op. cit., p. 28-29.

[24] We may find but one letter of award in the "Journal of Laws" that was issued by the Provisional Government of the Kingdom of Poland.

[25] There are as many as 71 letters of award published in the "Journal of Laws" originating from that period.

[26] Many letters of award from that period were signed by General Józef Rautenstrauch.

[27] That obligation was flowing directly from the wording of Article 15 under the provisions of 1817: "Every letter for an invention, or for an improvement, by Us issued, shall be made known and in the Journal of Laws placed shall be".

[28] Słomski, M., op. cit., p. 37. This problem is also generally pointed out by H. Izdebski, who writes that "the amount of the acts of the viceroy (as well as those of the king) that were published in the Journal of Laws was relatively small. A large number of important acts (generally, only those of the viceroy!) was published exclusively in Voivodeship Journals and in the press, or even no publication was effected at all, save a reference to competent organs" – Izdebski, H., op. cit., p. 95.

Moreover, there was a significant "slip-up" as to promulgating the order "On patents of liberty…" at issue here, as that act (dated 11 March 1817) was promulgated only on 26 August 1820 and then published in the "Journal of Laws". That reflected significant legislative chaos in that matter, as the first letter of award in regard to an invention, of 11 July 1820,[29] which was issued on the basis of the provisions from 1817, was published first, and only after it there were the appropriate provisions of the order on letters of award from 11 March 1817, on subsequent pages of the "Journal of Laws".[30]

The element proving significant leeway in this respect was the tendency to expressly ignore Article 9 of the order, which determined time limits of the letters of award for 5,10 and 15 years. Consequently, while the provisions were being in force, the following was published in the Journal of Laws:

- 5 letters of award with a validity period of 9 years,
- 2 letters of award with a validity period of 7 years,
- 4 letters of award with a validity period of 6 years,
- 6 letters of award with a validity period of 3 years.[31]

In the letters of award for inventions, the legislator used imprecise terminology. Already the first letter, in Article 1 contained the following: "We grant unto Mr Leon Kuchajewski, a letter of invention for nine years, regarding the thresher invented by him (…)". In order to be precise, the legislator should have used the following wording: "We grant (…) a letter of award for the invention…". Similar inaccurate formulas could be found in subsequent letters of award.

In the initially issued letters of award, there was no mention on the so-called "novelties" or "goodness" of the invention (the first 7 letters of award published in the "Journal of Laws"). Then, each of the letters granted contained an appropriate article stating that "granting a letter guarantees neither goodness nor utility of the invention". However, starting from the letter granted to Jan Henryk Miller on April 2nd-14th, 1835, each letter contained the following formula: "granting a letter does not guarantee novelty and priority or goodness of the invention". This, admittedly, did not bear any practical significance, but it did indeed highlight a certain evolution as to the wording of letters of award. The legislator has then stressed and emphasised, for some reasons or perhaps unknowingly, that the provisions on grant of letters as of 1817 clearly refer to the Romanic patent protection model.[32]

The legal basis for awarding the letters invoked in the letters also proves a certain discretion in shaping the content of individual letters of award. Initially, articles 6, 8 and 9 of the order of 1817 were relied on by the legislator; however with the passage of time (from the end of 1834) the letters were granted pursuant to Articles 6, 9 and 11 (although there were also quite numerous cases of granting letters of award again on the basis of Articles 6, 8 and 9).

3. Order of the Viceroy on letters of award for new inventions, discoveries and improvements of 1837

The provisions of the order: "On the liberty of patents and on letters of award" of 11. 03. 1817 were in force up until the adoption of the order of 8/20 July 1837 "On the letters of award for new inventions, discoveries and improvements"[33] by the Administrative Council, which in principle repeated and extended most of the previous regulations.[34]

The reason for introducing new regulations within the scope of patent protection was the necessity to develop and broaden a number of issues contained in the provisions from 1817.[35] The basic difference between the two regulations was the fact that the new law no longer concerned issues related to granting patents of liberty, i.e. it was no longer supposed to protect a monopoly authorized to conduct specific activities in a given area. The order of 1837 thus regulated the principles of protection of inventions, discoveries and improvement in all branches of industry as well as inventions introduced into the Kingdom of Poland from abroad (Article 1). In addition, pursuant to Article 2 and 3 of the order of 1837, the letter of award for the invention, discovery or innovation was granted by the Administrative Council, through the Government Commission for Internal Affairs, Clergy and Public Enlightenment, for a period of 3, 5 and up to 10 years.[36] However, in case of a foreign invention introduced into the Kingdom of Poland, the duration of protection in the Kingdom was limited to the period for which the patent was granted abroad (Article 3 *in fine*).

Letters of award were issued upon the request of the rightholder or its representative[37] without examination of the novelty and usefulness of the invention (Article 4). However, the

[29] The "Journal of Laws", tome 7, no. 28, p. 39-40.
[30] The "Journal of Laws", tome 7, no. 28, p. 41-48.
[31] Out of the total of 76 letters of award published in the "Journal of Laws", 17 (i.e. 22%) were awarded in violation of the time limits.
[32] The Romanic patent protection model has been depicted by Dolata, T., Początki polskiego ustawodawstwa z zakresu ochrony wynalazków, wzorów i znaków towarowych w dwudziestoleciu międzywojennym, AUW No 3465, Studia Historycznoprawne, Prawo CCCXIV, Wrocław 2012, p. 109-111.
[33] The order was announced on 25. 08. /6. 09. 1837, and published in: "Journal of Laws" of the Kingdom of Poland vol. 21, No. 71, pp. 131-143.
[34] The new law, with only minor changes, has had retained almost all provisions of the order of 1817 – for further reference: Nawrocka, E., Ustawodawstwo polskie o ochronie własności przemysłowej. In: Dalewski, J., 50 lat Urzędu Patentowego w Polsce, Warszawa 1969, p. 19.
[35] In other words, the legislator, who in the preamble of the order "On letters of award for new inventions, discoveries and improvements" of 8/20 July 1837, gave reasons for the introduction of new regulations, emphasised that: "provisions of the decision of the royal viceroy of 11 March 1817 for granting patents of liberty for industrial plants in the Kingdom not yet introduced, are in conflict with Article 14 of the decree of His Most Excellent Majesty, as of November 12/24, 1831, marking the new trade relations between the Russian Empire and the Kingdom of Poland".
[36] Under the previous state of law, the letter of award for the invention or improvement was granted by the Administrative Council through the Government Commission for Internal Affairs and Police for a period of 5, 10 up to 15 years (Articles 6 and 9 of the 1817 order). Thus, the maximum period of rights of the inventor was shortened from 15 to 10 years.
[37] Issues related to attorneys in the process of granting letters of award are discussed by Słomski, M., op. cit., Kraków 1997, p. 38-40.

order of 1837 introduced the possibility of refusal to grant a letter of award "if the object was to be harmful to the public, if it concerned basic life needs or means of treatment, or if it was already known from descriptions or implemented in the country" (Article 14).

The recipient of the letter of award was obliged to pay a one-time fee (the so-called: "patent fee"). The actual amount of the fee was dependent upon a length of period for which the letter was granted.[38] The funds gathered in this way by the Governmental Committee of Internal Affairs, Clergy and Public Enlightenment contributed to the "fund for rewarding the excellent manufacturers at public exhibitions" and were used for "other purposes, useful in the industry" (Article 6). Like in the regulations as of 1817, the invention became public property after the lapse of the protection period specified in the letter of award (Article 7). A significant novelty, introduced by virtue of the 1837 order, was the obligation to register the letters of award granted. This was to be done in a special tome kept at the Faculty of Industry and Trade of the Governmental Committee of Internal Affairs, Clergy and Public Enlightenment. This tome was open to the public since "it was to be open and accessible to everyone" (Article 8). The idea of keeping a tome of all issued letters of award had enormous value, both for the Commission and for individual inventors, because it allowed to determine whether the submitted patent application had not been already patented.

The regulations on the procedure of issuing letters of award stated that the applicant seeking a letter should report to the competent governorate, or, while in Warsaw, to the municipal office to make a statement whether the submitted object constituted its invention or was just "brought from abroad". The Governmental Committee for Internal Affairs, Clergy and Public Enlightenment required the applicant to submit a detailed description of how the invention should be implemented or improved, including the necessary plans, drawings and models.[39] Moreover, the party seeking the letter should submit a declaration of will as to the publication of the entirety or part of the description of the invention. In case of consent to the publication of the description of invention, no one was allowed to exploit or copy the invention during the period of protection specified by the letter granted. In the absence of publication for a description, it remained at the disposal of the Government Commission for Home Affairs, Clergy and Public Enlightenment and anyone who came up with a similar invention could obtain a letter of award for the invention (Article 10). There were no obstacles for the owner to transfer ownership of the letter of award to third parties. However, the owner should, in this situation, complete the formalities under Article 13.

Letters of award could be annulled by way of administrative procedure[40] and court proceedings[41] (Article 15). Each letter of award for a new invention, discovery, improvement or introduction thereof from abroad[42] was announced in: "Journal of Laws" of the Kingdom of Poland (Article 16).

As to the shortcomings and drawbacks associated with the practice of issuing letters of award, it should be noted that the new law (dated 20 July 1837) was not published until 1838 (in volume 21 of the Journal of Laws), similarly like the first letters of award issued after entry into force of the new regulations, i.e. after 20 July 1837.[43] Such a significant "slip-up"as to the publication of the new letters of award could not have served the inventiveness positively. Moreover, the letters of award announced under the regulations of 1837 did not contain detailed legal grounds for their issuance (in contrast to the letters of award granted under the provisions of 1817). The legal grounds provided thereunder for new letters were very general, without providing specific provisions by the legislator. The legislator used general formulas: "on the basis of the provisions of its order of 1837", "observing its order of 1837". An example of an undesired legal practice within a freedom of making orders on granting letters of award may be protection period extension under "a special exception".

4. Conclusions

Patent regulations from the years 1817 and 1837 should be considered as separate legislation of the Kingdom of Poland.[44] During a 50-year period of these separate regulations in the scope of patents for inventions being in force within the Polish Kingdom,[45] relatively modern legal protection developed, completely deviating from the medieval concept of royal privileges. The said law adopted principles, comparable to those in force today, for recognizing the rights of the invention as the subjective right of the inventor (which could be defined as a right

[38] The petitioner requested what period of protection should be granted to it (3, 5 or 10 years) and, according to its request, the petitioner paid 150, 250 or 500 zlotys respectively. As it may be noticed, one year of patent protection was assessed at 50 zlotys. If the letter of award was granted for a shorter period than requested, the overpayment was reimbursed to the holder (Article 12). The decision to grant a period shorter than the requested period depended only on the discretion of the Government Commission for Internal Affairs, Clergy and Public Enlightenment. However, unless the right-holder paid the fee and showed proof of payment, the case could not be recognized (Article 11).

[39] At the same time, for objects patented abroad, the petitioner should submit proof that the term of the patent granted abroad has not yet expired.

[40] In the course of the proceedings before the Government Commission for Internal Affairs, Clergy and Public Enlightenment in the event that the inventor does not provide in writing a true, clear and accurate method of implementing its invention or if the owner of the invention, within the time specified in the letter of award, does not use its invention in practice without justification.

[41] In the event that the ownership of the invention is denied by way of court proceedings as well as in case of proving before court that the invention (discovery or improvement) is known from the previously published description.

[42] There was no separate procedure for obtaining patent rights, discovery, improvement or introduction from abroad. Obtaining all rights was covered by the same procedure.

[43] They were also included in volume 21 of the "Journal of Laws".

[44] In the interwar doctrine it has been presented by Czempińska, W., Rozwój pojęć o ochronie praw wynalazcy, Warszawa 1931, p. 73-77.

[45] In fact, these provisions were applied a little shorter, since grant of patents on regular basis took place from the end of the 1820 s up to 1863.

to property),[46] ensured the protection of that right by issuing an official document guaranteeing exclusivity for a certain period, and introduced a procedure for granting patents for inventions.

Despite the fact that not many inventions[47] were submitted for protection, that they also did not have a breakthrough meaning,[48] and that they did not significantly contribute to the economic development of the country, it should be emphasized, however, that the above-mentioned regulations have contributed to the development of knowledge on inventiveness and the development of inventiveness itself in the Polish territories.[49] Moreover, these regulations placed the Kingdom of Poland among the most modern countries in the world as far as the protection of inventiveness is concerned.

The situation of patent legislation in the Kingdom of Poland was changed after the fall of the January Uprising, when as part of post-uprising repressions, the process of extending Russian law to the lands of the Kingdom of Poland took place. This also applies to patent law. There is no doubt, however, that the legislation being in force in the territory of the Kingdom of Poland in the years 1817-1867 should be considered in isolation from the Russian Empire, and only the extension (in 1867) of the binding force of Russian legislation deprived the Kingdom of legal autonomy in patent matters.[50]

[46] The legislator intentionally uses the term "owner of the letter" (Article 12 of the 1817 provisions and Article 13 of the 1837 provisions)

[47] Contemporary doctrine is not unanimous as it comes to the number of patents granted during that period. M. du Vall provides that 246 patents were granted – Idem, op. cit., p. 44; M. Słomski points out the number of 248 patents - Idem, op. cit., p. 37. On the other hand, from the "alphabetical list of persons to whom privileges for inventions were granted", it appears that 243 were published – viz the Index to the Journal of Laws, vol. I, Warszawa 1872, p. 223 - 228. A detailed query of all 71 volumes of the Journal of Laws for this period indicates 233 letters of award (76 and 157 respectively). This may prove the fact that not all the letters of award were included in this official publication of legal acts issued in the Kingdom of Poland. In both legal acts, there were no separate procedures for granting letters of awards for inventions and granting such letters for improvements.

[48] At that time the inventiveness was developing much more vividly all over the world, as, after all, it was the next stage of the industrial revolution. According to B. Orłowski, in the Kingdom of Poland there was only one significant invention – a machine meant for calculating by Abraham Stern, invented and perfected in 1812-1817. See. For further reference Orłowski, B., Polski wkład do wynalazczości. In: Księga pamiątkowa z okazji 85-lecia ochrony własności przemysłowej w Polsce, Warszawa 2003, p. 387. This invention was not covered by the provisions of the Viceroy's provisions on patents of liberty and on letters of award of 1817.

[49] Due to patents, the public learned about the achievements of technology that they could use in everyday life, and the inventors were granted exclusivity to benefit from their ideas.

[50] This has been emphasised both by the contemporary and the latest doctrine, see Aer, A., Patents in Imperial Russia. A History of the Old Regime Institution, Helsinki 1995, p. 6; Klostermann, R., Die Patentgesetzgebung aller Länder nebst den Gesetzen über Musterschutz und Warenbezeichnungen, Berlin 1869, Bd 2, p. 344; du Vall, M., op. cit., p. 44.

Die Distriktskammern, Deutsche Handelskammer für Polen, Handwerksinnungen, Handwerkskammern, Hauptgruppen, Industrie- und Handelskammern, kaufmännische Vereine, Landwirtschaftskammern und Zwangsverbände im Generalgouvernement – Forschungsmethodik

(The District Chambers, Deutsche Handelskammer für Polen, Craft Guilds, Chambers of Crafts, Main Groups, Chambers of Industry and Trade, Merchant Guilds, Chambers of Agriculture and Obligatory Unions in the General Government – Research Methodology)

Karol Dąbrowski *

Abstract

The acquiring of the knowledge about the history of the Chambers of Crafts, Chambers of Agriculture and Chambers of Industry and Trade – the institutions currently operating within the democratic system as self-governing legal persons – in the case of the totalitarian regime should be subject to a thorough archival research. This need results not only from the scarcity of the archival materials, but also complex institutional and personal connections across the administrative system, both in time of peace and war. Especially interesting are the relations between the foreign occupation authorities and the organizations of the subjugated Polish nation. This phenomenon concerns various periods and territories, including the General Government 1939–1945. At that time, on the Polish territories, self-governing institutions lost their autonomy. They where appropriated and transformed by the ruling entities. They were, despite their nature, the element of the totalitarian system and total war.

Keywords: *Chambers of Industry and Trade; General Government.*

1. Ziel- und Forschungsgegenstand

Der deutsche Besatzer begann die Demontage von polnischen, Vorkriegsinstitutionen für wirtschaftliche Selbstverwaltung, d.h. Industrie- und Handelskammern, Landwirtschafts- und Handwerkskammern bereits ab September 1939. Auf den eingegliederten Ostgebieten (Wartheland u.s.w.) wurden die polnischen Kammern im Jahre 1939 aufgelöst. Im Generalgouvernement waren sie stufenweise umgestaltet und aufgehoben. Das wichtigste Stadium dieses Prozesses, der bis zum Kriegsende dauerte, war die Einberufung der Distriktskammern im Jahre 1941. Sie waren nach dem Vorbild der Gauwirtschaftskammern geschaffen.

Die Distriktskammern hatten keinen körperschaftlichen Charakter. Sie galten als Institutionen der zivilen Besatzungsverwaltung. Sie realisierten die Aufgaben des okkupierenden Staates auf dem okkupierten Gebiet im Bereich der Wirtschaftspolitik: Aufsicht über Unternehmungen, Reglementierung von Produktion und Absatz, Ausbeutung des Besatzungsgebiets nach den Prinzipien der Kriegswirtschaft u.s.w. Sie ersetzten polnische Handwerks-, Industrie- und Handelskammern und kurzzeitig die Landwirtschaftskammern. Ihre Geschichte zeigt den Verdrängungsprozess von den einheimischen Selbstverwaltungsorganisationen durch fremde Verwaltungsinstitutionen, die in das System der Zivilverwaltung auf dem Besatzungsgebiet eingegliedert wurden.

Das Forschungsziel ist also die Wissensgewinnung für ihren normativen Grund und tatsächliche Tätigkeit. Der Forschungsgegenstand sollte hingegen die Analyse von den allgemein und innerlich geltenden Vorschriften, den Bereich und die Vorgehensweise und auch die Organisationsformen betreffen.

Diese Formen veränderten sich mit Ablauf von Jahren. 1939 bestanden die Industrie- und Handelskammern in Krakau, Lublin und Warschau. Schon im September wurden die kommissarischen Leiter für sie ernannt. Im August 1940 wurde die Industrie- und Handelskammer zu Radom geöffnet.[1] Ihre Nebenstelle in Tschenstochau wurde am 16. September 1940 errichtet.[2] Die Industrie- und Handelskammer zu Lemberg begann ihre Tätigkeit im Oktober 1941.[3] Aufgrund der Verordnung über die Bildung von Kammern für die Gesamtwirtschaft im Generalgouvernement vom 3. März 1941 plante man die Distriktskammern in den Distrikten und die Zentralkammer zu Krakau.[4] Die Zentralkammer und die Distriktskammern sollten sich in vier Hauptgruppen teilen: Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr, Ernährungs- und Landwirtschaft, Forst- und Holzwirtschaft, Arbeit. Sie sollten in Gruppen und Untergruppen aufgeteilt werden. Die Kammern bildeten die territoriale Struktur und die Hauptgruppen – die fachliche. Die Zentralkammer

* Dr. Karol Dąbrowski, Fakultät für Rechts- und Verwaltungswissenschaft, Maria-Skłodowska-Curie-Universität, Lublin, Polen.

1 *Mitteilungsblatt der Industrie- und Handelskammer für den Distrikt Radom* Nr. 1-2, 1940, S. 3.

2 *Mitteilungsblatt der Industrie- und Handelskammer für den Distrikt Radom* Nr. 5, 1940, S. 89.

3 Zweite Verordnung über die Einführung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften im Distrikt Galizien. Vom 29. Oktober 1941. Verordnungsblatt für das Generalgouvernement 1941, S. 665.

4 Verordnung über die Bildung von Kammern für die Gesamtwirtschaft im Generalgouvernement. Vom 3. März 1941. Verordnungsblatt für das Generalgouvernement 1941, s. 87.

war ein Dachverband für Distriktskammern und Hauptgruppen auf der zentralen Ebene. Die Distriktskammern waren die Dachverbände für die Hauptgruppen auf der Distriktsebene. Der Hauptgruppe Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr wurden Gruppen Handel und Handwerk zugeordnet. Landwirtschaftliche Genossenschaften gehörten den Hauptgruppen Ernährungs- und Landwirtschaft an. Die Kammern wirkten unter der Aufsicht vom Staatssekretär in der Regierung des Generalgouvernements. Die Zentralkammer war von dem Regierungskommissar geleitet. Er wurde von dem Generalgouverneur ernannt. Die Distriktskammern waren von den Distriktsgouverneuren geleitet. Sie vertraten die Kammer als Regierungskommissare.[5]

Die Hauptgruppen Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr wurden am Ende des Jahres 1941 organisiert; die Hauptgruppen Forst- und Holzwirtschaft und die Hauptgruppen Ernährungs- und Landwirtschaft – um die Wende der Jahre 1941 und 1942.[6] Formell wurden die Industrie- und Handelskammern aus Krakau, Radom und Warschau in die Hauptgruppen Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr im Januar 1942 eingegliedert; Industrie- und Handelskammer zu Lublin – Juni 1942.[7] Vormals selbständige kaufmännische Vereine wie „Stowarzyszenie Kupców Polskich" oder „Kongregacja Kupiecka" wurden den deutschen Obmännern untergeordnet. Diese Vereine verwandelten sich in die Kreisgruppen Handel im Jahre 1942.[8]

Die Handwerkskammern blieben in Krakau, Lublin und Warschau. Kielcer Handwerkskammer wurde nach Radom verlegt.[9] Seit Ende des Jahres 1940 vereinten sich die Innungen, um die Sammelinnungen zu bilden.[10] Dann wurden sie in Kreisgruppen Handwerk umgestaltet. Außer den Kreisstädten funktionierten die Untergruppen Handwerk. Außerdem waren fachliche Handwerksverbände gebildet.[11] 1942 wurden alle Handwerkskammern in die Hauptgruppen Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr als Gruppen Handwerk eingegliedert.

Die Landwirtschaftskammern setzte ihre Tätigkeit im Jahre 1939 vorläufig aus und ab Anfang des Jahres 1940 arbeiteten sie wieder.[12] Von 1942 bis 1943 arbeiteten sie mit den Hauptgruppen Ernährungs- und Landwirtschaft zusammen. Im Juli 1943 wurden sie in die Distriktsagrarbüros umgewandelt, aber die einschlägige Anordnung trat mit Wirkung vom 1. April in Kraft.[13]

In der Zwischenzeit waren die Zwangsverbände gebildet. Sie wirkten ähnlich wie die Kartelle und standen unter der Aufsicht der Distriktskammern. Die Besatzungsmächte schlossen besonders industrielle Unternehmungen von dem spezifischen Produktionsprofil, wie Draht, Farben und Lack, Glas, Kohlensäure, Mineralwasser, zusammen. Diese Verbände waren in der Bau-, Chemie-, Mineral-, Möbel- und Transportindustrie präsent. Es war leichter eine kleine Anzahl von den großen Betrieben mit mehreren Arbeitern und höheren Umsätzen zu verbinden, wie Zucker- und Lederfabriken.

Die Handelskammer für Polen spielte eine sichtbare Rolle am Anfang der Okkupation. Sie bemühte sich ein von der Regierung des Generalgouvernements unabhängiges Zentrum für Koordination der deutschen Wirtschaftspolitik zu werden. Sie hatte ihren Sitz in Breslau, mit den Geschäftsstellen in Berlin, Warschau und Krakau. Das Hauptbüro war tatsächlich in Berlin. Am 27. Januar 1941 änderte sie ihren Namen gegen die Handelskammer für das Generalgouvernement. Die Geschäftsstelle in Krakau übernahm die Funktionen der Außenhandelsstelle für das Generalgouvernement am 1. Februar 1941 und die Warschauer Geschäftsstelle wurde deren Zweigstelle. Die Außenhandelsstelle war praktisch ein amtliches Auskunfsbüro für die Unternehmer und funktionierte im Rahmen Struktur der Hauptabteilung Wirtschaft in der Regierung des Generalgouvernements. Stufenweise verlor die Handelskammer ihre Position. 1943 wurde die Warschauer Zweigstelle zur Abteilung Außenwirtschaft der Hauptgruppe Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr. Das Büro in Berlin wurde am 22. November 1943 während des Bombenangriffs zerstört.[14]

In der Praxis verlief die Eröffnung von der Zentralkammer, den Distriktskammern und den Hauptgruppen nicht gleichmäßig. In manchen Distrikten konnte die Distriktskammer im gegebenen Moment nicht bestehen, es existierte dagegen die Hauptgruppe Gewerbliche Wirtschaft und die nach ihr berufene Hauptgruppe Ernährungs- und Landwirtschaft. Die Hauptgruppen Arbeit wurden gar nicht berufen und die Hauptgruppen Forst- und Holzwirtschaft funktionierten in dem engeren Bereich. Die Zentralkammer gab es am Anfang gar nicht; sie war für einige Zeit eine Scheininstituion und in den Jahren 1943–1944 übte sie begrenzte Befugnisse aus, weil die Hauptgruppen Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr, Ernährungs- und Landwirtschaft die erste Geige spielten. In der Praxis verblasste sich die Kompetenzverteilung zwischen den Hauptgruppen in der Zentralkammer und den Hauptgruppen in den Distriktskammern.

Als die örtliche Industrie- und Handelskammer in die Hauptgruppe Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr umgestal-

[5] § 5 und 6 der Verordnung über die Bildung von Kammern für die Gesamtwirtschaft im Generalgouvernement.

[6] Verordnung über den Aufbau der Hauptgruppe Forst- und Holzwirtschaft. Vom 14. September 1942. Verordnungsblatt für das Generalgouvernement 1942, s. 561; Verordnung über den Aufbau der Hauptgruppe Ernährungs- und Landwirtschaft. Vom 24. September 1942. Verordnungsblatt für das Generalgouvernement 1942, s. 567.

[7] Amtlicher Anzeiger 1942, S. 215, 217, 222 und 1201.

[8] Amtlicher Anzeiger 1942, S. 1430, 1517 und 2309.

[9] *Wstęp do zespołu akt Izba Rzemieślnicza w Kielcach z lat 1929–1955*, bearb. v. I. BAŁABUCH, Staatsarchiv in Kielce 1968, S. 3.

[10] Siehe z.B. Akten der Innungen aus Cholm – Staatsarchiv in Lublin, Filiale in Cholm, Fond 175 „Okręgowy Związek Cechów w Chełmie", Sig. 12.

[11] WOJTYLAK, A., Pozostałość aktowa rzemiosła z czasów II wojny światowej w zasobie archiwum w Łowiczu. In: *Rocznik Mazowiecki,* Nr. 15, 2003, S. 185-198.

[12] Staatsarchiv in Lublin, Fond Nr. 641 „Lubelska Izba Rolnicza w Lublinie"; Staatsarchiv in Petrikau, Fond 9 „Akta miasta Piotrkowa – Komisarz i Zarząd Miejski w Piotrkowie, Sig. 197; Staatsarchiv in Radom, Fond 204/33 „Radomska Izba Rolnicza".

[13] Anordnung über die Umwandlung der Landwirtschaftskammern in Distriktsagrarbüros. Vom 3. Juli 1943, Verordnungsblatt für das Generalgouvernement 1943, S. 311.

[14] Bundesarchiv in Berlin-Lichterfelde, Fond R 11 „Reichswirtschaftskammer", Sig. 2177.

tet wurde, gliederte man die Handwerkskammer in sie ein und man gründete die Gruppe Handwerk. Die Innungen wurden zusammengelegt und sie bildeten die Kreisgruppen Handwerk, als den territorialen Teil der Gruppe Handwerk. In gleicher Weise wurden kaufmännische Vereine in die Kreisgruppen Handel umgestaltet. In dieser Weise wurde die ganze Struktur, nach dem Muster der „Pyramide", gebaut. Parallel rief man die Hauptgruppe Ernährungs- und Landwirtschaft ins Leben und erst danach erschien sich ein Überbau in der Gestalt der Distriktskammer.

Institutionelle Relationen zwischen diesen Institutionen und der Besatzungsverwaltung auf der territorialen Ebene sahen anders in den einzelnen Momenten aus. Das kann man am Beispiel von den Sammelinnungen, der Handelskammer für das Generalgouvernement und den Landwirtschaftskammern beobachten. Gemeinsamer Nenner war ein Mangel an der Eingliederung mit Kreis- und Stadthauptmannschaften.[15] Aus der Sicht des ganzen Verwaltungssystems war dieses Merkmal ganz wesentlich, weil es die Position der Kammern im Verwaltungsapparat klärte.[16]

Im Fall dieser so „flüssigen" Materie sollte sich die Forschungsarbeit auf zwei Sphären konzentrieren: normativ und archivalisch. Normative Sphäre zeigt den von Hans Frank und seinen Untergebenen geplanten Stand vor. Archivalische Sphäre lässt die Diskrepanzen zwischen „Sein" und „Sollen" erscheinen. Die Quellenbasis sind die Archivalien aus deutschen, polnischen und ukrainischen Archiven. Man muss jedoch auf die Nomenklatur aufmerksam werden. Die Übersetzung aus dem Deutschen bringt den Dolmetscher manchmal auf die schiefe Bahn. Für nicht-deutsche Forscher wichtig ist, die Namen, die in sog. Nazi-Deutsch gefasst wurden, nicht zu verdrehen. Auf diese Art und Weise kann man die Irrtümer vermeiden und die Verständlichkeit für Leser aus anderen Ländern sichern. Darüber sprach die polnische Übersetzerin Teresa Bułak-Ulewiczowa, die auf die Frage: „was soll man mit Namen von Nazi-Institutionen in polnischem Text machen", kurz und bündig antwortete: „am besten im Original lassen".[17]

In dem Generalgouvernement gab es keine Selbstverwaltung, also – nach polnischer Literatur – keinen Dualismus zwischen der Regierungs- und Selbstverwaltung. Deshalb kann man über die öffentliche Verwaltung nicht sprechen. Außerdem standen polnische Territorien unter der Okkupation. Adäquat sollte man den Begriff der Besatzungsverwaltung nutzen. Es ist schwer, der Nazi-Gesetzgebung einen Namen des Rechts zu zuschreiben. Es wäre besser die Formulierungen wie: „Normativakt", „Gesetzgebungsakt", „Vorschrift" und nicht „Rechtsakt" oder „Rechtsnorm" zu gebrauchen. Es geht um *lex* und nicht um *ius.*[18] Das Recht – als eine Sammlung von den aus den rechtlichen Vorschriften (konkreten Radaktionseinheiten des Rechtsaktes) herausinterpretierenden Normen – sichert nämlich die Rechtssicherheit.[19] Die Sammlung von den Dispositionen und den Sanktionen, die aus den in dem „Verwaltungsblatt für das Generalgouvernement" veröffentlichten Vorschriften entsprangen, garantierte keine Rechtssicherheit. Anders gesagt, sie implizierte keine Rechtssicherheit, aber es war ein Führerbefehl.[20]

2. Methoden und Probleme

In den zwei unternommenen Methoden: die Analyse von den Normativ-Quellen und die Analyse von den Archiv-Quellen, ist die erste verständlich, weil normalerweise die Inanspruchnahme von den Regeln der Rechtsauslegung die Vorschriften aus der Vergangenheit betrifft. Die zweite bedarf einer breiten Begründung. Zur Wahrnehmung der Begleitumstände für das Funktionieren der Distriktskammern sollte man möglichst tiefe archivalische Forschung annehmen, die verschiedene Bestände umfassen wird. In dieser Weise bekommt man das Bild der Besatzungsverwaltung und die in dieser Verwaltung funktionierenden Einrichtungen. Solche Betrachtungsweise ermöglicht die Rekonstruktion des Netzes von den institutionellen Bedingtheiten. Sie ist von großer methodischer Bedeutung, weil ein erheblicher Teil von den Kammer-Materialien zerstört wurde. Die Dokumente (Aufstellungen, Berichte, Elaborate, Korrespondenz u.s.w.) findet man deshalb in den anderen archivalischen Beständen. Zum größten Teil blieben sich die rein administrativen Materialien beinahe von dem Manipulations-Charakter und die Akten aus dem Firmenkataster erhalten. Es ist jedoch das Material, das die meist interessierende Problematik vorzeigt – laufende Aktivität der Verwaltungssubjekte der Besatzungszeit.[21] In dieser Weise kann man sowohl typische Sachen beobachten, als auch die Ausnahmen von den Regeln bemerken. In dem archivalischen Material findet man oft zufällige Schriften, die die von der Besatzungsgewalt getroffenen Entscheidungen von der konstitutiven Bedeutung für das Kammer-System jedoch dokumentieren. Sie zeigen auch die selbst

[15] Siehe besonders die Bestände von den Kreishauptmannschaften aus Garwolin, Grójec, Lowitsch, Mińsk Mazowiecki, Ostrów Mazowiecki, Sochaczew, Sokołów und Warschau in dem Staatsarchiv in Warschau.

[16] Über das Bezugssystem in der Verwaltungstheorie: ZDYB, M., Istota systemu organów i innych podmiotów w zakresie bezpieczeństwa wewnętrznego. In: ZDYB, M., STELMASIAK, J., SIKORA, K. (Hrsg.), *System bezpieczeństwa i porządku publicznego. Organy i inne podmioty administracji*. Warszawa, 2015, S. 20.

[17] BAŁUK-ULEWICZOWA, T., Wyzwolić się z błędnego koła. Institut für Deutsche Ostarbeit w świetle dokumentów Armii Krajowej i materiałów zachowanych w Polsce. Kraków, 2004, S. 192.

[18] RADBRUCH, G., Filozofia prawa. Warszawa, 2009, S. 224.

[19] Es ist mit Sicherheit der Menschenwürde, Gerechtigkeit u.s.w. verbunden.Vgl. ZDYB, M., Aksjologiczne podstawy bezpieczeństwa wewnętrznego w Rzeczypospolitej Polskiej. In ZDYB, M. (Hrsg.), Publicznoprawne podstawy bezpieczeństwa wewnętrznego. Warszawa, 2014, S. 52.

[20] SCHRÖDER, J., Legal Methodology in the German Dictatorships. In: *Juridica International* vol. 26, 2017, S. 18.

[21] Ich gebrauche die Formulierung „Verwaltungssubjekt" sonst „Organ" oder „Amt", weil die Kammer die in dem Verwaltungsapparat eingehenden Subjekte waren. Ein Organ - nach polnischer Literatur – wäre Distriktsgouverneur als Regierungskommissar der Kammer. Ein Amt ist dagegen ein materieller und immaterieller Bestand für ein Organ. Nach deutscher Literatur kann man auch den Namen „Einrichtung" gebrauchen. Vgl. NIEWIADOMSKI, Z. (Hrsg.), *Prawo administracyjne*. Warszawa, 2013, S. 198; STAHL M. (Hrsg.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*. Warszawa, 2013, S. 266; WIERZBOWSKI, M. (Hrsg.), *Prawo administracyjne*. Warszawa, 2015, S. 159.

von den Deutschen erblickten Absurditäten des Lebens der unterworfenen Bevölkerung. Es sollte auch bemerkt werden, dass die Akten, die die Distriktskammern betreffen, in dem breiten Umfang niemals erforscht waren.

So hingewiesene Methoden gestatten die Forschungsprobleme zu lösen beispielsweise in Bezug auf: Zeitraum und Umfang der Benutzung des polnischen Vorkriegsrechts durch die Besatzungsverwaltung, besonders aus dem Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts;[22] Durchlauf von dem Abschaffungsprozess der polnischen Vorkriegs-Kammern; Situation der Landwirtschaftskammern mit ihrem Personal und Vermögen; Aufbau von zentralen und lokalen Strukturen (sowohl allgemein wie auch fachlich) der Distriktskammern; Umwandlung von den Innungen und den kaufmännischen Vereinen; Reichweite, Inhalt und Häufigkeit der Relationen zwischen den Kammern, ihren Einrichtungen und der Umgebung; Rolle der Deutschen Handelskammer für Polen; Organisationsformen der Zwangsverbände und Überleben von manchen polnischen Vereinen trotz der Deklaration über ihre allgemeine Auflösung.

3. Technik

In den polnischen Archiven gab es viele Archivalien, die von den Besatzungsinstitutionen oder während der Besatzung angefertigt wurden. Intensive Forschung nach den maximal meritorisch und territorial verschiedenen Beständen umfasst leicht etwas über eintausend Archivsignaturen und betrifft nur einen kleinen Teil der ganzen Bestände aus der Besatzungszeit, die sich auf dem Gebiet Polens befinden. Die Forscher müssen dessen bewusst sein, dass manche Archivsignaturen fehlerhaft beschrieben sind, sogar mit sprachlichen und orthografischen Fehlern, ihr Inhalt entspricht nicht dem Titel, die Grenzdaten sich nicht einigen. Oft sind die Akten ungeordnet, in der zufälligen Reihe paginiert und in diesem Zustand in einer Mappe eingesteckt. Manche Bestände sind zwischen mehreren Archiven aufgeteilt. Oft ist das territoriale Pertinenzprinzip verletzt. Aus diesem Grund sollte man einen konkreten Schlüssel annehmen, um sich in diesem Material zu bewegen. Die Archivordnungen lassen dem Benutzer von 4 bis 15 Signaturen aus dem Magazin ausgeben. Die Signaturen sind selten verfilmt, kostenlos im Internet digitalisiert oder mit den Scans im Lesesaal zugänglich. Diese alle Variablen beeinflussen den Forschungszeitplan und den Kostenvoranschlag. Im Kontrast zu der großen Menge des Aktenmaterials, das in den Jahren 1939–1945 gesammelt wurde, stehen die Überreste von den Kammerakten. Es ist eine zusätzliche Begründung für tiefe Archivforschung.

Wenn es um die Distriktskammern geht, so gab es keine Akten der Lubliner Distriktskammer. In Radom sind nur die Überreste von Akten der Hauptgruppe Ernährungs- und Landwirtschaft[23]. Die meist kompletten Akten besitzen: die Hauptgruppe Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr aus der Krakauer Distriktskammer,[24] die Hauptgruppe Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr aus Warschauer Distriktskammer[25] und die Hauptgruppe Ernährungs- und Landwirtschaft auch aus Warschauer Distriktskammer.[26] Die Akten der Hauptgruppen umfassen am meisten die Büro-Dokumente der Hauptgruppe ohne die Akten der einzelnen Gruppen, die in der Hauptgruppe tätig waren. Ein wesentlicher Teil von den Akten sind übrigens die Mappen der Unternehmungen. Deshalb ist die Korrespondenz der Gruppen Handel so selten (sie ist aber sichtbar in den Beständen von den Gemeinden, z.B. Opole Lubelskie)[27] und deshalb ist die Korrespondenz der Gruppe Verkehr aus der Hauptgruppe Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr der Zentralkammer in dem Bestand des Reichsverkehrsministeriums so streng überraschend.[28]

Die Schriften der Distriktskammern und ihrer Einrichtungen erschienen inmitten von den Akten der Werbestelle des Generalgouvernements; die Dokumente, die die Aufsicht über die Wirtschaftsgruppe Steine, Erden, Glas und Keramik betreffen – in den Akten der Hauptabteilung Wirtschaft der Regierung des Generalgouvernements; fragmentarische Rundbriefe der Zentralkammer – in dem Sammelbestand „Zbiór materiałów z lat i dotyczących II wojny światowej" in dem Archiv Neuer Akten aus Warschau.[29] Die Akten der Handelskammer für Polen sind in dem Staatsarchiv in Warschau, aber der Bestand besteht aus den Mappen über Unternehmungen und getrennten Anfragen in den individuellen Sachen.[30] Bessere Betrachtung geben deshalb die Akten aus dem Bundesarchiv und die in den Akten der Industrie- und Handelskammer zu Hirschberg aufbewahrten kompletten Berichte.[31]

Über beste Akten für die Landwirtschaftskammern verfügt die Landwirtschaftskammer zu Lublin zusammen mit Akten des Imkervereins.[32] Im Fall der Landwirtschaftskammer zu Krakau bestanden nur die Überreste. Die Akten von den Landwirtschaftskammern zu Kielce und Warschau gab es nicht, deshalb muss man sich der Korrespondenz aus den Akten der Stadt Petrikau bedienen.[33]

Es ist schwer, auf die Akten aus der Besatzungszeit für die Handwerkskammern zu Krakau und Warschau hinzuweisen. Von der Handwerkskammer zu Kielce und Gruppe Handwerk aus Radom bestanden nur die Hefte mit den Namen von den

[22] Über das dualistische Rechtssystem des Generalgouvernements: WRZYSZCZ, A., Das im Generalgouvernement in den Jahren 1939–1945 angewandte materielle Strafrecht. In: *Juridica International* vol. 26, 2017, S. 26.
[23] Staatsarchiv in Radom, Fond 1283 „Izba Dystryktowa Główna Grupa Gospodarki Wyżywienia Rolnictwa Radom".
[24] Nationalarchiv in Krakau, Fond 1252 „Grupa Główna Gospodarka Przemysłowa i Ruch w Izbie Okręgowej dla Gospodarki Ogólnej w Krakowie".
[25] Staatsarchiv in Warschau, Fond 496 „Grupa Główna Gospodarka Przemysłowa i Ruch w Izbie Okręgowej dla Gospodarki Ogólnej w Warszawie".
[26] Staatsarchiv in Warschau, Fond 1381 „Grupa Główna Wyżywienia i Rolnictwa w Izbie Okręgowej dla Gospodarki Ogólnej w Warszawie".
[27] Staatsarchiv in Lublin, Fond 594 „Akta gminy w Opolu", Sig. 80 und 81.
[28] Budesarchiv Berlin-Lichterfelde, Fond R 5 „Reichsverkehrsministerium", Sig. 6242.
[29] Archiv Neuer Akten, Fond 271 „Zbiór materiałów z lat i dotyczących II wojny światowej".
[30] Staatsarchiv in Warschau, Fond 1393 „Niemiecka Izba Handlowa na Polskę".
[31] Staatsarchiv in Breslau, Filiale in Hirschberg, Fond 101 „Izba Przemysłowo-Handlowa w Jeleniej Górze", Sig. 29.
[32] Staatsarchiv in Lublin, Fond 641 „Lubelska Izba Rolnicza w Lublinie".
[33] Staatsarchiv in Petrikau, Fond 9 „Akta miasta Piotrkowa – Komisarz i Zarząd Miejski w Piotrkowie".

Gesellen und den Meistern, aber die Datierung für die Eintragungen ist unklar. Zur Verfügung stehen die Bestände der Handwerkskammer zu Lublin und des Kreisinnungsverbands zu Cholm – im besten Zustand im Vergleich zu den anderen ähnlichen Beständen aus dem Gebiet Polens. Kleinere Bestände dieses Typs sind in Przemyśl, Tomaszów Mazowiecki und Tschenstochau: die Kreisinnungsgesellschaft zu Tschenstochau, der Kreisinnungsverband zu Tomaszów Mazowiecki und der Kreisinnungsverband zu Kreis Przemyśl in Przemyśl.[34]

Überhaupt kann man die Bestände der Innungen am häufigsten treffen. Sie bieten die Gelegenheit, die Tätigkeit, die Mitglieder- und Gesellenzahl, den Vermögensstand und die Relationen mit der Umgebung zu vergleichen. Manchmal sind solche Akten ein Teil von den Stadtakten (wie in dem Staatsarchiv in Rzeszów) oder den Kreisbehörden (Kreisamt zu Busko)[35]. Einzigartig sind die Akten von den jüdischen Innungen aus Tarnów.[36] Sehr nützlich ist der Bestand der Kreisgruppe Handwerk zu Kreis Lowitsch in Lowitsch.[37]

Die Verzeichnisse für die Sachverständigen überstanden für die Industrie- und Handelskammer zu Warschau; das Schema für die Kartei der Handelsunternehmungen – für die Hauptgruppe Gewerbliche Wirtschaft und Verkehr in der Zentralkammer; die Korrespondenz in den individuellen Sachen der Unternehmer, besonders der kleinen Kaufmänner mit den Bescheinigungen – für die Kaufmännische Kongregation zu Krakau; die Protokolle, die die Umwandlung der lokalen kaufmännischen Vereine in die Kreisgruppen Handel zeigen – für die Niederlassungen der Kongregation in Neu Sandez, Nowy Targ und Zakopane und auch für die Niederlassungen von Stowarzyszenie Kupców Polskich in Skierniewice und Zamość. Die Akten von Zamość sind eigenartig, weil sie das Funktionieren der Kreisgruppe Handel genau dokumentieren.[38]

Die Dokumente, die die Agronomen betreffen, befinden sich in dem Bestand der Kreishauptmannschaft aus Neu Sandez; die Arbeitsinspektion – des Arbeitsamtes in Radom; die Devisenverrechnungen – der Devisenstelle in Tschenstochau; die kaufmännischen Berufsschulen – des Gouverneurs des Distrikts Radom; die Karten mit der Verteilung von Unternehmungen und Werkstätten – des Amtes für Raumordung beim Gouverneur des Distrikts Radom (aber in dem Staatsarchiv in Kielce und nicht in dem Staatsarchiv in Radom). Interessante Akten über die Unternehmungen sind in den Archiven in Tschenstochau (Częstochowska Fabryka Igieł i Wyrobów Metalowych w Częstochowie), Radom (Gießereien, „Bata"), Rzeszów (Spiritusindustrie) und Zamość (Zuckerindustrie). Von den Maschinenringen und dem Industrieverband zu Krakau kann man aus den Akten aus dem Staatsarchiv in Kielce – Filiale Sandomierz erfahren; den Fischervereinen – aus dem Staatsarchiv in Radom; der Landwirtschaftsberatung – aus dem Bestand des Kreislandwirtschaftsvereins zu Jarosław und von der Bodenforschung – aus den Beständen der Pulawen Forschungsinstitute aus dem Staatsarchiv in Lublin.

Die Akten aus dem Staatsarchiv in Lublin mit der Filiale in Kraśnik (Gemeinden Potok Górny und Zakrzówek) geben beste Quellen für die Forschungen über die gemeindlichen Firmenregister, die Politik der Gemeinden im Bereich der Industrie und des Handels und über die Kontingentierung.[39] Die Steuererklärungen der Unternehmer und die Korrespondenz für die Berufung von den steuerlichen Sachverständigen überstanden in dem Bestand des Steueramtes in Nisko.[40]

Es gibt noch eine Frage betreffend die Archivforschung in anderen europäischen Staaten. In Weißrussland, in dem Staatsarchiv für Kreis Brest (*Государственный архив Брестской области*) überstand der Bestand der Polessischen Landwirtschaftskammer (*Poleska Izba Rolnicza*). Sie endete aber ihre Tätigkeit nach dem Angriff der Roten Armee im September 1939 und ihre Akten stammen aus den Jahren 1934–1939.[41]

In der Ukraine sollte man auf die Oblast-Archiven in Iwano-Frankiwsk, Lemberg, Ternopil und das Zentrale Staatliche Historische Archiv der Ukraine in Lemberg aufmerksam werden. Luzk und Riwne lagen vor dem Krieg im Kreis der Industrie- und Handelskammer zu Lublin. In der Sowjetunion durften keine Kammern der wirtschaftlichen Selbstverwaltung existieren. Nach dem Unternehmen Barbarossa trafen Luzk und Riwne zu dem Reichskommissariat Ukraine und nicht zu dem Generalgouvernement, deshalb umfasst die Forschungsreise sie nicht.

In dem Findbuch für das Oblast-Archiv in Iwano-Frankiwsk kann man keine Informationen über die Bestände aus der Zeit der faschistischen Okkupation finden. Das Zentrale Archiv besitzt den Bestand „Міска управа, м. Перемишль Stadtverwaltung Przemyьl" (Ф 602). Dank ihm kann man die Informationen aus dem Bestand „Akta miasta Przemyśla" (Nr. 129) aus dem Staatsarchiv in Przemyśl ergänzen. Die Akten der Industrie- und Handelskammer zu Lemberg (Ф 461), der Kaufmännischen Kongregation zu Lemberg (Ф 702), der Landwirtschaftskammer zu Lemberg (Ф 429), der Kleinpolnischen Landwirtschaftsgesellschaft Filiale Lemberg (Ф 551) und des Verbands der Kammern und Landwirtschaftsorganisationen (Ф 469) betreffen die Vorkriegsjahre.[42]

Relativ groß sind die Materialien aus dem Oblast-Archiv in Ternopil. Dort bilden einzelne Bestände die Sammlung Фонди установ періоду нацистської окупації. In dieser Sammlung sind vor allem die Akten des Finanzinspektorates (Ф Р-175), der Generellen Zollinspektion zu Ternopil (Ф Р-216), der Finanz-

[34] Staatsarchiv in Przemyśl, Fond 499 „Związek Cechów Rzemieślniczych na powiat przemyski w Przemyślu".
[35] Staatsarchiv in Kielce, Fond 2125 „Starostwo Powiatowe w Busku".
[36] Nationalarchiv in Krakau, Filiale in Tarnów, Fond 214 „Akta cechów żydowskich w Tarnowie".
[37] Staatsarchiv in Warschau, Filiale in Lowitsch, Fond 356 „Powiatowa Grupa Rzemiosł na powiat łowicki w Łowiczu".
[38] Staatsarchiv in Zamość, Fond 1021 „Stowarzyszenie Kupców Polskich Oddział w Zamościu".
[39] Staatsarchiv in Lublin, Filiale in Kraśnik, Fonds 26 „Akta gminy Potok Górny" und 45 „Akta gminy Zakrzówek".
[40] Staatsarchiv in Kielce, Filiale in Sandomierz, Fond 602 „Urząd Skarbowy w Nisku".
[41] ГАБО, ф. 383: Полесская сельскохозяйственная палата.
[42] Centralne Państwowe Archiwum Historyczne Ukrainy we Lwowie. Przewodnik po zasobie archiwalnym, bearb. v. A. KROCHMAL. Warszawa-Przemyśl, 2005.

ämter in Kopyńczyca (Ф Р-193) und Skałat (Ф Р-188).[43] Diese Bestände betreffen jedoch die obengenannten Forschungsproblemen nicht.

Das einzige Archiv, dafür man keine Findbücher für die Bestände aus der Besatzungszeit besitzt, ist das Oblast-Archiv in Lemberg (Державний архів Львівської області). Vielleicht überstanden dort die Dokumente der Distriktskammer in Lemberg. Man kann nicht ausschließen, dass die Akten dieser Kammer in den anderen Beständen zerteilt sind. Die Suche ohne die archivalischen Hilfsmittel wäre sehr schwer. Außerdem kann man annehmen, dass sie das genauso Manipulationscharakter hätten, wie die Materialien aus den polnischen Archiven. Symptomatisch ist der Mangel an den Archivsignaturen, die dem Distrikt Galizien betreffen würden, in den Beständen aus dem Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde. Deshalb ist die archivalische Forschung in Ukraine so zweifelhaft. Die Erleichterung besteht darin, dass die ukrainischen Archivare die ganzen Vademekums über die Findbücher (*Путівники*) kostenlos im Internet publizieren.[44]

Wenn es gleich um das Bundesarchiv geht, so sollten die vorbereitenden Forschungen in der Durchsuchung der Findbücher in der Invenio-Datenbank bestehen.[45] Die Suchungen kann man zu den zirka zwei Hundert Findbüchern begrenzen. Im Unterschied zu der polnischen Website „szukajwarchiwach.pl" hat diese Datenbank eine zu kasuistische Tektonik. Jede Archivsignatur bildet schon eine Serie der Akten und die Durchsuchung ist sehr zeitaufwendig. Man kann oft den Inhalt des ganzen Bestandes nicht einfach durchsehen und nur jede Signatur nacheinander. Günstig für die Benutzer sind die breiten Beschreibungen der Archivsignaturen. In dieser Weise kann man suchende Signatur dank den zutreffenden Schlüsselwörtern direkt treffen. Die Bestände gruppieren sich thematisch und der Forscher sollte auf folgende Gruppen aufmerksam machen: „Oberste Organe", „Auswärtiges, Kolonial- und Besatzungsverwaltung", „Inneres, Gesundheit, Polizei und SS, Volkstum", „Finanzen, Bau und Raumordnung", „Wirtschaft, Rüstung, Landwirtschaft, Post, Verkehr", „Kultus, Wissenschaft, Propaganda", „Arbeit, Soziales", „Organisationen, Verbände und Wirtschaftsunternehmen".

Es wäre günstig folgende Bestände tippen: „Reichsministerium für Rüstung und Kriegsproduktion" (R 3), „Reichsverkehrsministerium" (R 5), „Reichsministerium für die besetzten Ostgebiete" (R 6), „Reichswirtschaftsministerium" (R 3101), „Reichsministerium für Ernährung und Landwirtschaft" (R 3601), „Beauftragter für den Vierjahresplan – Geschäftsgruppe Ernährung" (R 26-IV), „Reichsstelle für Industrielle Fette und Waschmittel" (R 8-V), „Reichsstelle für den Außenhandel" (R 9-I), „Reichsstelle für Tiere und tierische Erzeugnisse" (R 15-II), „Reichsstelle für Getreide, Futtermittel und sonstige landwirtschaftliche Erzeugnisse" (R 15-VII), „Reichstelle für Raumordnung" (R 113), „Reichswirtschaftskammer" (R 11), „Reichsgruppe Industrie" (R 12-I), „Wirtschaftsgruppe Bauindustrie" (R 13-VIII), „Reichsinnungsverband des Kraftfahrzeughandwerks" (R 97-II), „Institut für Deutsche Ostarbeit" (R 52-IV) und „IG-Farbenindustrie" (R 8128).

Die Aufmerksamkeit konzentriert sich auf die Akten von Ministerien, Reichsstellen, der Reichswirtschaftskammer zusammen mit ihren Einrichtungen und dem Institut für Deutsche Ostarbeit. Der Forscher sollte in erster Linie nach folgenden Materialien suchen: Projekte über die Bildung der Distriktskammern; Korrespondenz mit den zentralen Institutionen aus dem Reich; Elaborate über die wirtschaftliche Lage in dem Generalgouvernement; Rundbriefe, die von den Reichs-Behörden ausgestellt und an die Behörden aus dem Generalgouvernement gerichtet waren. Polnische Forscher können die Akten der Hauptabteilungen der Regierung des Generalgouvernements übergehen, weil in dem Bundesarchiv die Mikroformen sind und die originellen Akten wurden an das Archiv Neuer Akten in Warschau übergeben. In dem Bundesarchiv muss man allerdings mit der verlängerten Schutzzeit rechnen, die sogar bis zum 1/5 der Signaturen betreffen kann.

In den Akten kann man die Materialien über die Deutsche Handelskammer für Polen;[46] die Einberufung von der Gruppe Verkehr; den Anteil der Distriktskammern an der beruflichen Schulung für Jugendliche;[47] die Kontakte zwischen dem Reichsinnungsverband des Kraftfahrzeughandwerks und dem Innungsverband des Metallhandwerks aus dem Generalgouvernement über die Eröffnung der Werkstätten von den Deutschen auf dem Gebiet des Generalgouvernements;[48] die Evakuierung der Bauunternehmungen im August und Oktober 1944[49] sowie über die Eröffnung der Auskunftsstelle der Zentralkammer in Berlin im Februar 1945[50] finden.

3. Perspektiven

Während der Forschungen in den Akten von dem wirtschaftlichen Charakter ist die Menge von dem aufbewahrten Material auffallend, besonders wenn es um die Unternehmensregister geht. Die direkt oder indirekt mit den Distriktskammern verbundenen Akten ermöglichen ganz detaillierte Evidenz von den Personen und Subjekten, die wirtschaftliche Tätigkeit in dem Generalgouvernement führten. Danach kann man die Zahl von den Arbeitern und den Angestellten mit der Gliederung nach dem Geschlecht, ausgeübtem Beruf und dem Gehalt festlegen. Die Personenmappen geben eine Chance das soziologische Profil des durchschnittlichen Beamten der Besatzungsverwaltung zu rekonstruieren. Die nach den Distriktskammern vorgenommenen Forschungen sind also von relevanter Bedeutung nicht nur für die Verwaltungsgeschichte, sondern auch für die Ökonomie und die Soziologie.

[43] Державний Архів Тернопільської Області. Путівник. Тернопіль 2011.
[44] http://www.archives.gov.ua/Publicat/Guidebooks/
[45] https://invenio.bundesarchiv.de/basys2-invenio/
[46] Bundesarchiv, Fond R-11 „Reichswirtschaftskammer", Sig. 1259 und 2177.
[47] Bundesarchiv, Fond R-11 „Reichswirtschaftskammer", Sig. 732, K. 103.
[48] Bundesarchiv, Fond R-97 II „Reichsinnungsverband des Kraftfahrzeughandwerks", Sig. 52.
[49] Bundesarchiv, Fond R 13-VIII „Wirtschaftsgruppe Bauindustrie", Sig. 84.
[50] Bundesarchiv, Fond 12-I „Reichsgruppe Industrie", Sig. 9 und 10.

Die Haftung und die Rechtsverhältnisse der Mitvormünder im römischen Recht*

(The Responsibility and Legal Relationships of Co-Tutors in Roman Law)

*Emese Újvári***

Abstract

In the ancient Rome it was frequent to order more tutors for immature people at the same time to manage their asset. In such cases it was possible that the legator or the magistratus mandated one of the tutors to actually manage the asset or shared the administration according to the commissionerships or territory. In the absence of such act the tutors were obliged to manage the ward's issues together and their responsibility was also joint according to the main rule.

The tutor who was sued as joint debtor based on the damages caused fully or partially by the co-tutors had the possibility to claim from the ward with the aim of vindication of his subrogation that the ward cedes for him their claims against other tutors. But the agreement on the assignment had to be concluded before the start of the performance of the tutor, otherwise the performance consumed the ward's claims against the co-tutors therefore there were no claims left to cede. Later it became possible for the paying tutor – in case of missing the assignment – based on equity to bring independent utilis actio for vindicating the subrogation against the co-tutors. It is also possible that later the beneficium divisionis was entitled to the co-tutors for the sake of mitigating their burdens.

Keywords: *Roman law; tutelage; contutores; responsibility; subrogation; beneficium cedendarum actionum.*

Einführung

Aufgrund der Quellen kann darauf gefolgert werden, dass es in Rom keine seltene Erscheinung war, dass für denselben Minderjährigen gleichzeitig mehrere Vormünder bestellt wurden. In dieser Abhandlung wird es versucht, über die wichtigsten Charakteristiken der Rechtsverhältnisse der Mitvormünder und ihrer Haftung – mit der Betonung der wichtigsten Problempunkte und der in der Literatur seit langem umstrittenen Fragen – einen kurzen Überblick zu geben.

1. Tutorenmehrheit

Die Vormundschaft der Minderjährigen war in Rom wegen des niedrigeren Durchschnittsalters von großer Bedeutung. Wie es allgemein bekannt ist, war die wichtigste Aufgabe des Vormundes die Vermögensverwaltung. Die persönliche Sorge und die Erziehung des Mündels waren in erster Linie die Aufgaben der Mutter oder der Großmutter, wenn sie noch lebten.[1]

Die Ernennung des Vormundes konnte entweder durch das Testament des *pater familias* geschehen *(tutor testamentarius),*[2] oder wenn sich der Vater um die Vormundsbestellung nicht kümmerte, wurden – im Sinne des Zwölftafelgesetzes die nächsten männlichen Agnaten zum Vormund berufen[3] *(tutor legitimus)*. Schließlich – wenn es weder ein *tutor testamentarius*, noch ein *tutor legitimus* bestellt wurde, bestellte der Magistrat einen geeigneten Mann als Vormund für den Minderjährigen[4] *(tutor Atilianus/tutor dativus).*[5]

In allen drei Fällen konnte es vorkommen, dass mehrere Vormünder für denselben Minderjährigen bestellt wurden. So zum Beispiel, wenn das Mündel mehrere männliche Agnaten von demselben Grad hatte, oder wenn der *pater familias* in seinem Testament mehrere Vormünder für sein Kind ernannte.[6] Es konnte aber auch passieren, dass selbst der Magistrat mehrere Vormünder für dasselbe Mündel[7] bestellte.[8]

In diesem Fall hatten die Mitvormünder die Geschäfte des Mündels in der Regel gemeinschaftlich zu führen.[9] Aus praktischen Gründen kam es aber im Falle der Tutorenmehrheit oft

* Die Publikation wurde durch das ÚNKP-17-4 Neue Nationale Exzellenz Program des Ministeriums für Humanressourcen unterstützt.

** Emese Újvári, Oberassistentin, Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Debrecen, Ungarn.

1 KASER, Max – KNÜTEL, Rolf: *Römisches Privatrecht,* Verlag C. H. Beck, München, 2014[20], S. 365.

2 Gai.1,144-150; Iust.Inst.1,13,3-5.

3 Gai.1,155; Iust.Inst.1,15,1.

4 Gai.1,185; Iust. Inst.1,20,1-5.

5 KASER – KNÜTEL: *Römisches Privatrecht,* S. 363-365; TALAMANCA, Mario: *Istituzioni di diritto romano,* Giuffrč Editore, Milano, 1990, S. 159-160; HONSELL, Heinrich – MAYER-MALY, Theo – SELB, Walter: *Römisches Recht,* Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1987[4], S. 421-424.; FÖLDI András – HAMZA Gábor: *A római jog története és institúciói,* Eszterházy Károly Egyetem Oktatáskutató és Fejlesztő Intézet, Budapest, 2016[21], S. 262; MOLNÁR Imre – JAKAB Éva: *Római jog,* Diligens, Szeged, 2012[6], S. 164-165; BENEDEK Ferenc – PÓKECZ Kovács Attila: *Római magánjog,* Dialóg Campus Kiadó, Budapest - Pécs, 2017[5], S. 159.

6 D.26,7,3,1

7 D.26,5,23; D.26,5,2

8 HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht,* S. 428.; LECOMTE, André: *La pluralité des tuteurs en droit romain,* Recueil Sirey, Paris, 1928, S. 12-28.

9 KASER, Max: *Das römische Privatrecht, I.Bd.,* C. H. Beck'sche Verlag, München, 1971[2], S. 307.

vor, dass nur einem von den Vormündern die tatsächliche Geschäftsführung zugewiesen wurde, oder die Geschäftsführung unter den Vormündern nach Geschäftsbereichen oder – wenn das Vermögen des Mündels in verschiedenen Provinzen zu finden war – nach Provinzen aufgeteilt wurde.[10]

So konnte der Erblasser in seinem Testament selbst bestimmen, wem von den Vormündern die Geschäftsführung und die Vermögensverwaltung tatsächlich zustanden. In der Regel hatte in diesem Fall auch der Prätor die Entscheidung des Erblassers zu akzeptieren.[11] Wenn der Erblasser keinen von den Vormündern für die Geschäftsführung allein bestellt hatte, oder der so bestimmte Vormund die Geschäfte des Mündels nicht führen wollte, verordnete der Prätor, dass selbst die im Testament ernannten Vormünder unter einander den geschäftsführenden Vormund auszuwählen hätten. Wenn die Mitvormünder es nicht schafften, den geschäftsführenden Vormund auszuwählen, konnte der Prätor selbst einen von ihnen bestimmen. Wenn aber auch die anderen Vormünder an der Geschäftsführung teilnehmen wollten, weil sie der von dem Prätor bestimmten Person nicht vertrauten, und so keine Verantwortung für sie übernehmen wollten, hatte der Prätor auch ihnen die Geschäftsführung zu erlauben.[12] Von den *tutores testamentarii* hatte man im Allgemeinen keine Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn aber einer von den Vormündern eine Sicherheitsleistung anbot, war er zu bevorzugen.[13] Die Vormünder konnten aber auch alle verlangen, an der Geschäftsführung und Vermögensverwaltung teilnehmen zu dürfen, wenn sie bereit waren, dafür Sicherheit zu leisten.

Auch im Falle der gesetzlichen Vormundschaft konnte der Prätor einem von den Vormündern die Geschäftsführung anvertrauen,[14] schließlich hing es bei den von dem Magistrat bestellten Vormündern von Anfang an von der Bestimmung des Magistrats ab, wem von ihnen die Geschäftsführung zugewiesen wurde.[15]

Es konnte aber auch vorkommen, dass der Magistrat auf den Wunsch der Mitvormünder[16] oder aus seiner eigenen Überzeugung den Vormündern die gemeinsame Geschäftsführung übertrug.

2. Die Haftung der Vormünder

Im Folgenden ist die Frage zu untersuchen, wie die Mitvormünder im Falle der nicht richtigen Geschäftsführung[17] für die verursachten Schäden hafteten.

Im Falle der Mehrheit der Vormünder ist die Haftung der von der Geschäftsführung befreiten Vormünder von der Haftung der nicht befreiten Vormünder zu unterscheiden.

2.1 Die von der Geschäftsführung befreiten Vormünder

Es gab Vormünder, die von der Geschäftsführung befreit wurden. Der sog. *tutor honorarius* wurde selbst vom Erblasser als ehrenamtlicher, befreiter Vormund ernannt. Die Quellen sprechen von der Rolle und der Haftung von solchen Vormündern widersprüchlich. Im Sinne von einigen Quellen waren sie verpflichtet, die Tätigkeit der geschäftsführenden Vormünder zu beaufsichtigen, so hafteten sie für die Verletzung dieser Aufsichtspflicht selbst subsidiär.[18] Nach anderen Quellen hatte der *tutor hororarius*, der selbst durch den Erblasser von der Geschäftsführung befreit wurde, keine Aufsichtspflicht, somit haftete er gegenüber dem Mündel überhaupt nicht.[19]

Es kam aber auch oft vor, dass von mehreren *tutores testamentarii*, oder *tuores legitimi* der Magistrat einem die Geschäftsführung zugewiesen hat. Es ist wiederum bestritten, ob die übrigen Vormünder auch in diesem Fall subsidiär hafteten, oder nicht. Nach einigen Quellen hatten die aus der Geschäftsführung ausgeschlossenen Vormünder in diesem Fall gegenüber dem geschäftsführenden Vormund eine Aufsichtspflicht, und wenn sie diese Pflicht verletzten, hafteten sie auch gegenüber dem Mündel.[20] Andere bestreiten aber diese subsidiäre Haftung, und sind der Meinung, dass die aus der Geschäftsführung ausgeschlossenen Vormünder – mindestens bis Iustinian – weder ein Recht noch eine Pflicht hatten, die Geschäfte des Mündels zu führen, so hafteten sie gegenüber dem Mündel weder direkt, noch subsidiär. Die Vertreter dieser Meinung halten die Quellen, die einen anderen Standpunkt vertreten, für interpoliert.[21]

In beiden Fällen der von der Geschäftsführung befreiten Vormünder ist es also in der Literatur umstritten, ob sie tat-

---

[10] D.26,7,3,4; D.26,7,3,9; D.26,7,4; Honsell – Mayer-Maly – Selb: *Römisches Recht,* S. 428; Seiler, Hans Hermann: *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht,* Böhlau Verlag, Köln - Graz, 1968, S. 176-177; Kaser: *Das römische Privatrecht I.,* S. 307.

[11] D.26,7,3,1;3

[12] D. 26,7,3,7-9; Seiler: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 176; Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 93-106, 224.

[13] Iust. Inst.1,24,1; D.26,2,17pr.; Kaser: *Das römische Privatrecht I.,* S. 307.

[14] D.26,4,5,2

[15] Kaser: *Das römische Privatrecht I.,* S. 307.

[16] D.26,7,3,8; Knütel, Rolf: Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht, In: *SZ. 100.,* 1983, S. 341-443, S. 434.

[17] Über die Vermögensverwaltung der Vormünder siehe in der neuesten ungarischen Literatur: Jakab Éva: *Vis ac potestas: gyámi vagyonkezelés a klasszikus római jogban*, In: Lege duce, comite familia: Ünnepi tanulmányok Tóthné Fábián Eszter tiszteletére, jogászi pályafutásának 60. évfordulójára, Görög Márta – Hegedűs Andrea (szerk.), Iurisperitus Bt., Szeged, 2017, S. 199-211.

[18] D.26,7,3,2; D.23,2,60,2; Kaser: *Das römische Privatrecht I.,* S. 233; Rudorff, Adolph August Friedrich: *Das Recht der Vormundschaft. Aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt, III. Bd.,* Ferdinand Dümmler, Berlin, 1834, S. 24.

[19] D. 26,2,26,1; Honsell – Mayer-Maly – Selb: *Römisches Recht,* S. 428; Binder, Julius: *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht,* A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Nachf. (Georg Böhme), Leipzig, 1899, S. 334; Levy: *SZ 37.,* S. 15, 71-73. Nach der Meinung von Lecomte sei die Aufgabe der *tutores honorarie*, wahrscheinlich nur gewesen, nach dem Willen des *pater familias* das Schicksal der Kinder zu verfolgen, sie hätten an der Verwaltung des geerbten Vermögens nicht teilgenommen, so hätten sie dafür auch nicht gehaftet. In der Spätkaiserzeit hätten die *tutores honorariae* aber wahrscheinlich dafür gehaftet, wenn sie gegenüber den gerierenden Vormündern nicht auftraten, wenn Letztere das Vermögen des Mündels nicht richtig verwalteten (*suspectum facere*). (Siehe: Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 138-146, 224-234.)

[20] D. 26,7,3,1 ff.; Kaser – Knütel: *Römisches Privatrecht,* S. 367. Wenn der Prätor oder die Mehrheit der Vormünder einen gerierenden Vormund bestimmten, hätten nach der Meinung von Lecomte die übrigen Vormünder gleichrangig *in solidum* gehaftet. (Siehe: Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 224-234.)

[21] Levy: *SZ 37.,* S. 15, 73-75.; Seiler: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 176-177.

sächlich eine Aufsichtspflicht hatten und dementsprechend für die Verletzung dieser Aufsichtspflicht subsidiär hafteten.

2.2 Die von der Geschäftsführung nicht befreiten Vormünder

a) Wenn die Geschäftsführung nach Geschäftsbereichen oder nach Provinzen unter den Vormündern von dem Magistrat aufgeteilt wurde, hafteten die Vormünder nur für die Geschäfte von den bestimmten Geschäftsbereichen/Provinzen.[22] Dies war aber nur in dem Fall so, wenn der Magistrat oder der Erblasser selbst die Geschäftsführung unter ihnen so aufteilte. Die private Vereinbarung der Mitvormünder über die Aufteilung der Geschäftsbereiche beeinflusste ihre Haftung für die gesamte Geschäftsführung nicht.[23]

b) Wenn aus irgendeinem Grund die alleinige Geschäftsführung keinem von den Vormündern zugewiesen wurde, und der Magistrat die Teilung der Geschäftsbereiche auch nicht anordnete, hatten die Mitvormünder die Geschäfte des Mündels gemeinsam zu führen, und sein Vermögen gemeinsam zu verwalten.[24] Wenn die Mitvormünder die Geschäfte gemeinsam führen mussten, konnten in der Praxis mehrere Variante vorkommen: Entweder nahm jeder Vormund an der Geschäftsführung tatsächlich teil, oder es konnte auch vorkommen, dass jeder von ihnen die Geschäftsführung unterließ, und sich niemand um die Geschäfte des Mündels kümmerte. Schließlich kam es wahrscheinlich am öftesten vor, dass während sich einer von ihnen (oder eventuell mehrere von ihnen) um das Vermögen des Mündels kümmerten, die anderen sich von der Geschäftsführung ganz fernhielten.

ba) Die Mitvormünder, die die Geschäfte gemeinsam führten, hafteten solidarisch *(in solidum)* und gleichrangig *(primo loco)* für den verursachten Schaden, unabhängig davon, ob der geschäftsführende Mitvormund beim Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäftes mitgewirkt hatte oder nicht. Sie hafteten auch dann gemeinschaftlich für alle Geschäfte, wenn sie – ohne die Zulassung des Magistrats – die Geschäftsführung nach Gegenständen aufgeteilten.[25]

bb) Die Mitvormünder hafteten auch dann solidarisch und gleichrangig nebeneinander für ihre Unterlassung, wenn keiner von ihnen die Geschäfte des Mündels führte (*tutelam non gessit*). Eine Ausnahme bildete nur der Vormund, der von der Geschäftsführung offiziell befreit wurde.[26]

bc) Es konnte auch vorkommen, dass nur ein Vormund oder eventuell einige Vormünder die Geschäfte des Mündels geführt haben (gerierende Vormünder/Gerenten) *(tutor gerens)*, während andere Vormünder sich der Geschäftsführung ganz enthalten haben (nicht gerierende Vormünder/Zessanten) *(tutor cessans)*. In diesem Fall wurde die Haftung Letzterer in den verschiedenen Epochen der römischen Rechtsgeschichte anders beurteilt. Die sog. Zessanten, die sich der Gestion eigenmächtig entzogen, hafteten lange Zeit höchstwahrscheinlich nicht. Ab der Zeit von Marc Aurel hafteten sie aber dafür, dass sie ihre Pflichten aus der Vormundschaft nicht erfüllt hatten.[27] Sie hafteten *in solidum*[28] aber wahrscheinlich nur subsidiär,[29] und gegen sie konnte das Mündel nur mit einer *actio utilis* auftreten.[30]

Die Mitvormünder, die die Geschäfte des Mündels gemeinsam zu führen hatten, hafteten also nach der herrschenden Meinung im Grunde genommen *in solidum*.[31] Rudorff vertritt aber den Standpunkt, dass die Korrealobligation, die bei den Mitvormündern zustande kommt, eine mildere Natur habe, als die

---

[22] C.5,52,2,1; D.26,7,51; D.26,7,4; D.46,7,3,7; C.5,38,2; C.5,40,2. D.26,7,51; KASER: *Das römische Privatrecht,* S. 307; HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht,* S. 428; SCHMIEDER, Philipp: *Duo rei, Gesamtobligationenim römischen Recht,* Duncker und Humblot, Berlin, 2007, S. 268; VOCI, Pasquale: La responsabilitá dei contutori e degli amministratori cittadini, In: *IURA 21,* 1970, S. 71-154.o., S. 76; MEIER, Sonja: *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive,* (Ius privatum. Beiträge zum Privatrecht, Bd. 151.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, S. 506. Levy und Seiler bestreiten, dass die Mitvormünder in der klassischen Zeit verpflichtet gewesen wären, sich gegenseitig zu kontrollieren, wenn die Geschäftsführung unter ihnen von dem Magistrat aufgeteilt wurde. (Siehe: LEVY, Ernst: Die Haftung mehrerer Tutoren, In: *SZ 37, 1916,* S. 14-88, S. 23-24, 75-82; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 177.)

[23] D.27,8,5; C.5. 52. 2; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 176-177; LEVY: *SZ. 37.,* S. 23-24, 75-82; EISELE, Fridolin: Correalität und Solidarität, in: *AcP. 77.,* 1891, S. 374-481, S. 452; LECOMTE: *La pluralité des tuteurs,* S. 62-73.

[24] SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 176-177; D.27,8,8

[25] D.26,7,55pr.; D.26,7,7,17; C.5,52,3.; D.27,8,5; LEVY: *SZ 37.,* S. 20-21, 24, 28-59; MEIER: *Gesamtschulden*, S. 561-562; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 177.

[26] LEVY: *SZ. 37.,* S. 21, 69-71; D.26,7,55,2; D.26,7,38pr.

[27] D.26,7,1,1; LEVY: *SZ. 37.,* S. 16-17; BINDER: *Die Korrealobligationen…,* S. 334; ASCOLI, Alfredo: *Sulle obbligazioni solidali: a proposito di una scritto di F. Eisele…,* L. Pasqualucci, Roma, 1892, S. 14.

[28] D.26,7,55pr.; D.26,7,3,8; D.23,2,60,3; KNÜTEL: *SZ. 100.,* S. 434.

[29] C.5,52,3; 26,7,55,2; D.27,1,35; C.5,51,6,1; C.5,52,3; C.5,54,2; C.5,55,1-2; C.5,64,1; SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 268; MEIER: *Gesamtschulden,* S. 507; SCHMID, Albert: Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt, 1. Teil, Die Cessionsform, Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn, Braunschweig, 1866, S. 360; Binder hält aber die Quellen über die subsidiäre Haftung der nicht gerierenden Vormünder für interpoliert. (Siehe: BINDER: *Die Korrealobligationen,* S. 340-345.) Gegen ihn aber: LEVY: *SZ. 37.,* S. 26 und KRÜGER, Hugo: Binder, Julius: Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht, (rec.), In: SZ. 22, 1901, S. 215-225, S. 223.

[30] D.26,7,5,3; D.26,7,39,11; D.27,1,37,1; C.5,54,2,1; D.46,6,4,3; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 29-30; HONSELL – MAYER-MALY – SELB: *Römisches Recht,* S. 428; LEVY: *SZ. 37.,* S. 21-23, 59-69; KNÜTEL: *SZ. 100.,* S. 433; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 178;. LECOMTE: *La pluralité des tuteurs,* S. 205-223; Ähnlich: KADEN, Erich-Hans: Lecomte, André: La pluralité des tuteurs en droit romain, Recueil Sirey, Paris, 1928. 270 S. (rec.), In: *SZ. 49.,* 1929, S. 556-560, S. 560. Rudorffs Meinung nach habe in diesem Fall der zessierende Vormund der *actio tutelae utilis* eine *defensio* entgegenstellen können, und so sei die Klage solange denegiert worden, bis es gewiss wurde, dass der gerierende Vormund und dessen Erben das Mündel nicht befriedigen konnten. (Siehe: RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 30.)

[31] 27,3,1,10-13; C.5,51,6,1; C.5,52,2pr.; C.5,52,3; C.5,75,4; FINKENAUER, Thomas: Duo rei – Neues von der Gesamtobligation?, *SZ. 130.,* 2013, S. 164-202, S. 196.o.; MEIER: *Gesamtschulden,* S. 506; KNÜTEL: *SZ. 100.,* S. 434; WESENER, Gunter: Die Durchsetzung von Regressansprüchen im Römischen Recht, In: *Labeo, Rassegna di diritto romano, 11.,* 1965, S. 341-361, S. 351; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 177; VOCI: *IURA 21,* S. 67; EISELE: *AcP 77.,* S. 452-453. Schmieder scheint aber zu bezweifeln, dass die Mitvormünder Gesamtschuldner waren, soweit ihnen das *beneficium divisionis* zustand. (Siehe. SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 268-285, insbesondere: S. 274.)

strenge, auf objektiver Einheit beruhende Korrealobligation, die zum Beispiel bei den Fideiussoren vorliegt. Er stellt fest, dass die Verpflichtung der Mitvormünder, für einander einzustehen, also die gegenseitige Haftung (*„vice mutua periculum"*) [32] nur dann eintrete, wenn sie in Rücksicht ihrer Verwaltung oder Aufsicht eine *culpa* treffe. Die Mitvormünder hafteten also nur dann, wenn sie selbst schuldig waren, entweder, weil sie bei der Geschäftsführung mindestens durch *culpa* dem Mündel einen Schaden verursachten, oder weil sie es fahrlässig versäumt hatten, ihre Mitvormünder bei der Geschäftsführung zu kontrollieren.[33]

Aufgrund der Quellen kann nämlich festgestellt werden, dass die Haftung der Vormünder, die sich der Geschäftsführung enthielten, mit der Zeit mit dem Argument begründet wurde, dass (auch die nicht gerierenden) Mitvormünder mit einer Aufsichtspflicht, oder Kontrollpflicht belastet wurden, und sie diese Kontrollpflicht verletzt haben, wenn sie den gerierenden Mitvormund nicht als verdächtig verklagt haben oder von ihm keine Sicherheitsleistung verlangt haben, obwohl es nötig gewesen wäre.[34]

Dadurch wurde aber die Haftung des Vormundes für die Handlungen seines Mitvormundes (*factum contutoris*) nach dem Verschuldensprinzip eingeschränkt. Wenn der Vormund alles Zumutbare unternahm, um das Mündel vor den Schäden, die eventuell der Mitvormund verursachen konnte, zu sichern (wenn er zum Beispiel von dem Mitvormund Sicherheitsleistung verlangte, oder – wenn es nötig war – ihn als verdächtig einklagte), konnte er von der Haftung befreit werden: [35]

D.26,7,14
Paulus 8 brev.
Etiam contutoris factum imputatur collegae, si potuit et debuit suspectum facere: interdum et si debuit satis petere: nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegae imputari potest.

Aus dem Paulus-Fragment geht hervor, dass die Handlung des Mitvormundes seinen Kollegen zugerechnet wird, wenn letztere ihn als verdächtig hätten anzeigen können und müssen, und manchmal auch im Falle, wenn sie von ihm Sicherheitsleistung hätten verlangen müssen. Wenn aber ein zahlungsfähiger (*idoneus*) Vormund plötzlich und unvorhersehbar sein Vermögen verlor, kann den Mitvormünder nichts angelastet werden.[36]

Im Sinne dieser Paulus-Stelle kann also die Handlung eines Vormundes dem Mitvormund nur dann zugerechnet werden, und Letzterer haftet nur dann dafür, wenn ihn selbst ein Verschulden trifft, auch wenn er nur darin schuldig war, dass er seine Aufsichtspflicht betreffend des handelnden Vormundes verletzte.[37] Für einfachen *casus* brauchte aber der Vormund nicht einzustehen.[38]

3. Das Regressrecht der Mitvormünder

3.1 Die Entstehung des Regressanspruches

Es konnte also leicht vorkommen, dass der Vormund, der sich nur um einzelne Geschäfte des Mündels kümmerte, auch für die Geschäftsführung der anderen Mitvormündern haftete, und auch für solche Geschäfte haften musste, bei deren Abschluss er gar nicht mitwirkte.[39]

So konnte in einzelnen Fällen ein Regressanspruch der verurteilten und leistenden Vormünder gegenüber ihren Mitvormündern entstehen.

Wenn es unter den Mitvormündern anhand von einer Vereinbarung irgendein Innenverhältnis gab, konnte der Vormund, aufgrund dieses Innenverhältnisses, von seinem Mitvormund Regress nehmen.[40] Es konnte zum Beispiel vorkommen, dass die Mitvormünder einander durch Stipulation ausdrücklich Indemnität, also Schadloshaltung versprachen, und dafür eventuell auch Pfänder bestellten. So hatten sie nötigenfalls eine *actio ex stipulatu*, und eine *actio hypothecaria* gegeneinander.[41]

Mangels eines solchen Innenverhältnisses hatte aber der leistende Vormund keinen eigenen Regressanspruch gegenüber seinem Mitvormund, daher musste irgendeine andere Lösung gefunden werden.

Im klassischen Recht wurde die Möglichkeit des Regressrechts wahrscheinlich für den Fall entwickelt, wenn der an dem gegebenen Rechtsgeschäft nicht teilnehmende (also in dieser

[32] Siehe: D.26,7,39,9-10
[33] Rudorff: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 22-23, 28.
[34] D.26,7,7,14; D.26,7,9,8; D.26,7,9,14; D.26,7,53; D.27,3,1,15; D.26,10,5; C.5,55,1; Meier: *Gesamtschulden,* S. 507, 563. Es ist möglich, dass die Mitvormünder – wenn die Geschäftsführung unter ihnen offiziell nicht geteilt wurde – ursprünglich strikt füreinander einzustehen hatten, und erst später wurde ihre Haftung für die Handlungen ihres Mitvormundes durch das Verschuldensprinzip eingeschränkt und dementsprechend widerspiegeln die Quellen die zwei unterschiedlichen Rechtszustände (Siehe: Meier: *Gesamtschulden,* S. 507.). Levy vertritt den Standpunkt, dass die dogmatische Legitimierung der Haftung des nicht gerierenden Vormundes erst durch Iustinian erschaffen worden sei, und die diesbezüglichen früheren Quellen interpoliert seien. Levy ist nämlich der Meinung, dass nur der Prätor, der Prokonsul, die Munizipalmagistrate, die Duumviren und die Dekurionen befugt gewesen seien, von den Vormündern Sicherheitsleistung zu verlangen, demgegenüber seien die Mitvormünder dazu in der klassischen Zeit nicht befugt gewesen. Die gegenteiligen Stellen seien interpoliert. (Siehe: Levy: *SZ. 37.,* S. 24-28, 34-39.) Der gleichen Ansicht ist: Honsell – Mayer-Maly – Selb: *Römisches Recht,* S. 428.
Nach der Meinung von Lecomte sei der Mitvormund – wie auch sonst jeder andere – berechtigt gewesen, gegen die Mitvormünder eine Klage zu erheben, wenn er meinte, dass Letztere das Vermögen des Mündels nicht redlich verwaltete. In der klassischen Zeit habe zwar die „Anklage" des verdächtigen Mitvormundes die Aufgabe der weiteren Mitvormünder gebildet, sie hätten aber für die Unterlassung dieser „Anklage" trotzdem nicht gehaftet. In der Spätkaiserzeit hätten aber die Vormünder auch für die Unterlassung der notwendigen *„suspectum facere"* subsidiär für die Gestion seiner Mitvormünder gehaftet. Die Kompilatoren hätten die klassischen Voraussetzungen der Haftung für die Kontutoren in den klassischen Quellen dementsprechend umgestaltet. (Siehe: Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 118-137; 205-223.) Ähnlich: Kaden, *SZ. 49.,* S. 559.
[35] Knütel: *SZ. 100.,* S. 434.
[36] Knütel: *SZ. 100.,* S. 434-435.
[37] Knütel: *SZ. 100.,* S. 435; D.26,7,46,6
[38] Rudorff: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 24-25.
[39] Meier: *Gesamtschulden,* S. 562.
[40] Seiler: *Der Tatbestand der negotiorum gestio…,* S. 178.
[41] D.26,7,39,5; Rudorff: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 32-33.

Hinsicht unschuldige) Mitvormund für die Pflichtverletzung des anderen Vormundes gegenüber dem Mündel ganz einstehen musste.[42]

Die nächste *constitutio* von Caracalla scheint auch diesen Standpunkt zu untermauern:

C.5,58,2: *Imperator Antoninus*
Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus adquievisti, cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, actionem adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis vel utili actione uteris. (212)

In der Stelle geht es darum, dass ein Mitvormund – nicht wegen seiner Nachlässigkeit – alleine verurteilt wurde. Er war nicht anwesend und ließ sich im Prozess nicht vertreten, so konnte er, wenn er das Urteil hingenommen und gemäß dem Urteil Zahlung geleistet hatte, vom Mündel die Abtretung der Klagen gegen die Mitvormünder verlangen oder ihm stand eine *actio utilis* zu.

Es sieht also so aus, dass in diesem Fall der leistende Mitvormund nur dann einen Regressanspruch hatte, wenn er nicht wegen seiner Nachlässigkeit *(„si non ex propria culpa")* verurteilt wurde, sondern ausschließlich wegen der Nachlässigkeit des anderen Vormundes.[43]

Die nächste zu beantwortende Frage ist, ob dem Vormund auch in dem Fall ein Regressanspruch zustand, wenn er selbst vorwerfbar verfuhr.

a) Wenn dem angeklagten Vormund selbst *dolus* (Arglist) vorzuwerfen war, stand ihm kein Regressanspruch zu, wie dies aus der nächsten Ulpian-Stelle hervorgeht:[44]

D. 27,3,1,14
Ulpianus 36 ad ed.
Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit: quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus: nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est.

Aus dem Ulpian-Fragment geht hervor, dass in dem Falle, wenn ein Vormund wegen gemeinsamen *dolus* verurteilt wurde, und er bezahlt hat, ihm weder die Klagen abgetreten werden können, noch ihm eine *atio utilis* zusteht, weil er die *poena* wegen seines eigenen Delikts zu bezahlen hat. Deswegen kann er keinen Rückgriff von dem erhalten, der in dem *dolus* mitgewirkt hat, weil keine Gesellschaft zur Begehung unerlaubter Handlungen geschaffen werden darf, und es auch keine Möglichkeit besteht, die Schäden, die aus Straftaten entstanden sind, in rechtlich anerkannter Weise zu teilen.

Steiners Meinung nach schließe Ulpian in diesem Fragment wahrscheinlich in Zusammenhang mit der *actio rationibus distrahendis* einen Regressanspruch aus – sowohl mittels einer Klagenabtretung als auch durch eine *actio utilis.* Bei Obligationen aus Delikten hätten nämlich die, die das Delikt begangen haben, keine Möglichkeit gehabt, gegeneinander Regress zu nehmen.[45]

b) Wenn der Vormund bei dem Abschluss des betroffenen Rechtsgeschäftes nicht mitwirkte, und er nur seine Aufsichtspflicht hinsichtlich der Geschäftsführung der Mitvormünder verletzte,[46] hatte er einen Regressanspruch gegenüber dem gerierenden Vormund.[47] Nach Schmieds Meinung habe der Vormund, der ausschließlich wegen der Taten seines Mitvormundes (*„ex facto alterius tutoris"*) verurteilt wurde, verlangen können, dass das Mündel seine Klage, die es gegen den Mitvormund hatte, ganz auf den leistenden Vormund zediert. Dementsprechend habe er hinsichtlich seiner ganzen Leistung gegen den geschäftsführenden Vormund Rückgriff nehmen können.[48]

c) Es konnte auch vorkommen, dass keiner von den Mitvormündern die Geschäfte des Mündels führte, und wegen des gemeinsamen Unterlassens nur einer von ihnen eingeklagt wurde. In einer Papinian-Stelle wurde die Frage untersucht, ob in diesem Fall der leistende Mitvormund gegen die anderen Mitvormünder Regress nehmen konnte:

D.26,7,38,pr.-2.
Papinianus 12 quaest.
(pr.) Si plures tutelam non administraverint et omnes solvendo sint, utrum, quia nullae partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit an ut eiusdem pecuniae debitores excipere debebunt periculi societatem? Quod magis ratio suadet.
(1) Si quidam ex his idonei non sint, onerabuntur sine dubio ceteri, nec inique, cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit.
(2) *Unde quaerendum est, an actiones pupillus ei, qui solus convenitur, in alterum pro parte scilicet praestare debeat. Sed cum propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?*

In der Papinian-Stelle[49] geht es darum, dass von mehreren Vormündern keiner die Geschäfte des Mündels führte. Papinian stellt die Frage, ob – wenn jeder Vormund zahlungsfähig ist, und die Geschäftsführung unter ihnen nicht aufgeteilt wurde – das Mündel frei unter ihnen wählen kann, oder die Vormünder ge-

[42] Binder: *Die Korrealobligationen,* S. 285.; Levy, Ernst: *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht, I. Bd.,* Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1918, S. 237; Seiler: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 179; Meier: *Gesamtschulden,* S. 562.
[43] Levy: *Die Konkurrenz I.,* S. 237. Die Exegese der Quelle siehe noch bei: Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 178-180.
[44] Meier: *Gesamtschulden,* S. 563-564; Schmid: Die Grundlehren der Cession, S. 359-360; Rudorff: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 32.
[45] Steiner, Anja: *Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlicher Aspekten,* Verlag von C. H. Beck, München, 2009, S. 247. Die Exegese der Quelle siehe noch bei: Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 167-175.
[46] D.26,7,7,14; D. 26,7,14; D.26,7,39,16
[47] Meier: *Gesamtschulden,* S. 563; Schmid: *Die Grundlehren der Cession,* S. 360.
[48] C.5,51,6,1; Schmid: *Die Grundlehren der Cession,* S. 360-361.
[49] Die umfassende Exegese der Quelle siehe noch bei: Steiner: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 249-250; Finkenauer: *Duo rei,* S. 196; Voci: *IURA 21,* S. 114-115; Schmieder: *Duo rei,* S. 277-278; Binder: *Die Korrealobligationen…,* S. 295-296; Levy: *SZ. 37.,* S. 69-71; Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 175-178.

meinschaftlich haften müssen. Papinian hält die letztere Lösung für begründet. Seiner Meinung nach tritt, wenn einer der Vormünder nicht zahlungsfähig ist, die Mehrbelastung der übrigen ein. „Und nicht zu Unrecht, weil die bewusste Unterlassung jedes Einzelnen den Schaden in seiner Gesamtheit verursacht hat."

Es „stellt sich die Frage, ob das Mündel demjenigen, der allein in Anspruch genommen wird, die Klagen gegen den anderen abtreten muß (…)." Aber nach Papinians Meinung „da die eigene bewußte Unterlassung jedes einzelnen geahndet wird – wer könnte die Stirn haben, dies zu verlangen?"

Papinian untersuchte also im Falle der Unterlassung von mehreren Mitvormündern, ob ein Regressanspruch dem eingeklagten und leistenden Vormund durch die Abtretung der Klagen des Mündels gegen die Mitvormünder zustand, aber er wies diese Möglichkeit schließlich ab, da es nach seiner Meinung eine Unverschämtheit gewesen wäre, in dieser Lage die Abtretung zu verlangen, weil jedem Vormund die Unterlassung vorgeworfen werden kann.[50] So habe – nach Rudorffs Meinung – der Mitvormund, der wegen eigener *contumacia* auf das Ganze verurteilt wurde, keinen Regressanspruch gegen seine Mitvormünder, weil sein Auftreten allein hingereicht hätte, um die Schäden zu vermeiden.[51]

d) Im iustinianischen Recht sicher, aber wahrscheinlich auch schon früher (nach einer Tendenz, die im 3. Jahrhundert n. Chr. angefangen hat), hatten die Mitvormünder, auch wenn sie die Geschäfte des Mündels gemeinsam führten (*„vel ex communi gestu"*) und die relevante Pflichtverletzung nicht nur einer von ihnen beging, die Folgen der Pflichtverletzung in ihrem Innenverhältnis zu gleichen Anteilen zu tragen, und wenn einer von ihnen die ganze Summe bezahlte, hatte er in Höhe von dem Anteil der Mitvormünder einen Regressanspruch gegen diese.[52]

D. 27,3,1,13
Ulpianus 36 ad ed.
Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.

In der Ulpian-Stelle geht es darum, dass ein Vormund wegen der Handlung eines anderen Vormundes oder aufgrund gemeinsamer Geschäftsführung verurteilt wurde, und zahlte, ohne dass das Mündel ihm seine Klage gegen den anderen Vormund abgetreten hätte. In diesem Fall ist dem leistenden Vormund eine *actio utilis* im Sinne der Konstitutionen von Antoninus Pius, Caracalla und dessen Vater, Septimius Severus zu gewähren.

Aus dem Fragment geht hervor, dass der zahlende Mitvormund nicht mehr nur in dem Fall einen Regressanspruch hatte, wenn er ausschließlich wegen der Handlung des anderen Vormundes *(„ex facto alterius tutoris")* verurteilt wurde, sondern auch dann, wenn er wegen des Schadens, der aus der gemeinsamen Geschäftsführung *(„ex communi gestu")* entstanden war, alleine verurteilt wurde.[53]

3.2 Das Mittel des Regressanspruches

Zur Durchsetzung des Regressanspruches standen in erster Linie die abgetretenen Klagen des Mündels gegen die Mitvormünder *(actio tutelae directa)* zur Verfügung. In den Quellen wird aber später auch eine selbstständige *actio utilis* erwähnt, die der Durchsetzung des Regressanspruches des leistenden Mitvormundes dient.[54]

---

[50] Meier: *Gesamtschulden,* S. 563. Das Fragment ist nicht vollständig klassisch. (Siehe Levy: *SZ. 37.,* S. 69-71; Meier: *Gesamtschulden,* S. 563). Steiners Meinung nach habe das Mündel wegen des Unterlassens der Vormünder in diesem Fall nur die *actio tutelae utilis* gegen sie gehabt. Er vertritt weiterhin die Ansicht, dass die Vormünder, die sich von der Geschäftsführung ohne Entlastung fernhielten, so betrachtet worden seien, als ob sie ein Delikt begangen hätten. So hätten sie – im Sinne des von Ulpian bekannten *„nulla societas maleficiorum"* -Prinzips keine Möglichkeit gehabt, Regress zu nehmen. (Siehe: Steiner: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 249-250.)

[51] Rudorff: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 32.

[52] Meier: *Gesamtschulden,* S. 563; Wesener: *Labeo,* S. 353; Schmid: *Die Grundlehren der Cession,* S. 360-361. Nach der Auffassung von Levy stamme der Teil *„vel ex communi gestu"* in dem Ulpian-Fragment D.27,3,1,13 nicht von Ulpian, es sei aber auch nicht die „Erfindung" von Iustinian. Levy meint, dass der Vormund ursprünglich nur dann ein Regressrecht gehabt habe, wenn er wegen der Geschäftsführung seines Mitvormundes eingeklagt wurde. Seiner Meinung nach sei der Klagenabtretungszwang erst in der spätklassischen Zeit zustande gekommen, und nur dann, wenn die materielle Schuld – so, wie auch im Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner – nur einen von den Parteien belastete, oder wo das *beneficium divisionis* anwendbar gewesen wäre. Erst ab der Mitte des 3. Jahrhunderts habe die Tendenz angefangen, dass die Klagenzession auch entsprechend der Teilhaftung der Gesamtschuldner erzwungen werden konnte, und danach sei der Klagenabtretungszwang auch im Vormundschaftrecht erschienen, und die Fälle der Klagenabtretung seien nicht mehr auf die Leistungen *„ex facto alterius"* begrenzt worden. (Siehe: Levy: *Die Konkurrenz,* S. 234-238.) Seiler vertritt aber den Standpunkt: Der Vormund habe nur dann Regress nehmen können, wenn er wegen der Geschäftsführung seiner Mitvormünder verklagt wurde. (Siehe: Seiler: *Der Tatbestand der negotiorum gestio…,* S. 179.)

[53] Wenn der Vormund wegen der Geschäftsführung des Mitvormundes verurteilt wurde, habe das Mündel nach der Meinung von Lecomte nicht zur Klagenabtretung gezwungen werden können, wenn der belangte Vormund ohne Erlaubnis sich von der Gestion fernhielt. Lecomte meint: Es sei in diesem Fall kein Gesamtschuldverhältnis zwischen den Vormündern zustande gekommen, da der nicht gerierende Vormund nur subsidiär mit einer *actio utilis* habe eingeklagt werden können, so habe das Mündel nicht zur Abtretung seiner Klage gegen den anderen Vormund gezwungen werden können, weil es nur bei gleichrangiger Gesamtschuld oder bei der Bürgschaft möglich gewesen sei. Lecomte löst das Problem so, dass der Ausdruck *„ex facto alterius"* – seiner Meinung nach – sich nur auf den Fall habe beziehen können, wenn der von der Gestion befreite, und so davon sich rechtsmäßig fernhaltende Vormund wegen der Verwaltung der Mitvormünder verurteilt wurde, da in diesem Fall dieselbe Klage gegen den Vormund habe erhoben werden können, welche gegenüber dem gerierenden Mitvormund anwendbar war, und der nicht gerierende Vormund habe nicht nur subsidiär gehaftet. Lecomte vertritt den Standpunkt, dass der Klagenzessionszwang nicht einmal bei der gemeinsamen Geschäftsführung möglich gewesen sei, und nicht einmal dann, wenn die gerierenden Mitvormünder die Schäden nur fahrlässig *(„simple faute")* verursachten. Lecomte hielt die diesem Standpunkt widersprechende Konstitution C.5,58,2 entweder für interpoliert, oder er nimmt an, dass Antoninus Pius und Papinian (D.26,7,38pr.-2) anderer Meinung gewesen seien. (Siehe: Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 167-181.)

[54] Seiler: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 179.; Meier: *Gesamtschulden,* S. 562; Lecomte: *La pluralité des tuteurs,* S. 183-201.

3.2.1 Die abgetretene Klage

Zuerst wurde die Klagenabtretung ermöglicht. Im Sinne des sog. *beneficium cedendarum actionum* konnte der belangte Vormund vom Mündel verlangen, seine Klagen, die es gegen die Mitvormünder hatte, auf ihn zu zedieren.[55] Diese Abtretung konnte während des Prozesses gegen den Vormund (spätestens im Judikatsprozess), als eine Art von „Gegenforderung" erzwungen werden.[56]

Die Klagenabtretung wurde so verwirklicht, dass das Mündel den (belangten) Vormund zum *cognitor* oder *procurator in rem suam* bestellte.[57]

Die Abtretung musste aber – wie es aus der folgenden Modestin-Stelle sich herausstellt – spätestens gleichzeitig mit der Zahlung des Vormundes erfolgen, oder der Vormund und das Mündel mussten vor der Zahlung darin übereinkommen, dass die Klagen abgetreten werden sollten, damit durch die Leistung des Vormundes die Klage des Mündels gegen den Mitvormund nicht konsumiert wurde. In diesem Fall wurde die Zahlung des Vormundes – durch die Anwendung einer Kauffiktion – so bewertet, dass er damit nicht seine eigene Verpflichtung aus der Vormundschaft erfüllte, sondern die dem Mündel gegen den Mitvormund zur Verfügung stehende Klage kaufen wollte. So konnte mit dieser Kauffiktion von der Konsumptionswirkung der *solutio* abgesehen werden.[58]

D.46,3,76
Modestinus 6 resp.
Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.

Im Sinne des Gutachtens von Modestin, wenn alles, was aufgrund der Vormundschaft zu bezahlen war, ohne jedes (vorherige) *pactum* bezahlt wurde, und die Klage nach einer Zwischenzeit abgetreten wurde, bleibt diese Abtretung wirkungslos, da keine Klagen mehr übrig blieben. Wenn die Abtretung vor der Leistung passiert, oder wenn über die Abtretung eine Vereinbarung getroffen wurde, und erst nachher bezahlt wurde, und daraufhin die Abtretung erfolgt, steht die abgetretene Klage dem Vormund zur Verfügung, weil auch in dem letzten Fall viel mehr für die abgetretene Klage ein Kaufpreis bezahlt wird, als die Klage, welche früher existierte, zunichte zu sein schiene.

Im Sachverhalt geht es also darum, dass das Mündel nach der Beendung der Vormundschaft von einem seiner Vormünder die Bezahlung der aus der Vormundschaft stammenden Schuld verlangte. Daraufhin bezahlte dieser Vormund dem Mündel alles, was aufgrund der Vormundschaft zu bezahlen war. Es steht zwar nicht ausdrücklich im Text, aber es handelt sich aller Wahrscheinlichkeit nach um eine Mitvormundschaft.[59] Mit der Hilfe einer Kauffiktion konnte von der Klagenkonsumptionswirkung der Leistung des Vormundes hinsichtlich der abzutretenden Klage, die das Mündel gegen den Mitvormund hatte, abgesehen werden. Modestins Meinung nach mussten aber die Parteien entweder vor der Leistung über die Abtretung einen *pactum* schließen, oder die Klagenabtretung musste spätestens gleichzeitig mit der Zahlung erfolgen, sonst wäre die Abtretung wirkungslos, da wegen der Gesamtwirkung der *solutio* keine Klage mehr übrig bliebe.

3.2.2 Utilis actio

Wenn also der Vormund die Verpflichtungen aus der Vormundschaft gemäß dem Urteil erfüllte, ohne dafür eine Klagenabtretung zu verlangen, konnte er sich wegen der Klagenkonsumptionswirkung der Leistung *(solutio)* die Klagen des Mündels gegen die Mitvormünder nicht mehr abtreten las-

---

[55] C.5,51,6,1; C.5,52,2pr., C.5,52,3.

[56] MEIER: *Gesamtschulden,* S. 562. Nach der Meinung von Lecomte wäre die Abtretung wegen der Klagenkonsumptionswirkung der *litis contestatio* in der klassischen Zeit nur in der *in iure* Phase des Prozesses möglich gewesen. (Siehe: LECOMTE: *La pluralité des tuteurs,* S. 184-189.) Dieser Meinung steht aber in Widerspruch zu der später zu zitierenden Papinian-Stelle (D.27,3,21).

[57] D.26,7,42; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 180. Der Vormund konnte infolge der Klagenabtretung mit einer Klage (mit *intentio ex persona domini*) gegen die Mitvormünder Regress nehmen. (Siehe: RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 33.)

[58] MEIER: *Gesamtschulden,* S. 562; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 180-181, 189; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 34-35. Weitere Quellen von der Klagenabtretung sind die Folgenden: D.27,3,21; C.5,58,1; D.26,7,42; D.27,3,1,18; MEIER: *Gesamtschulden,* S. 562; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 180-181, 189.

[59] SCHMOECKEL, Mathias – RÜCKERT, Joachim – ZIMMERMANN, Reinhard (Hrsg.): *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil § 241-432, 2. Teilband § 305-432,* Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, S. 2482; MEIER: *Gesamtschulden,* S. 562; Briguglio, Filippo: *Fideiussoribus succurri solet,* Giuffrč, Milano, 1999, S. 285; HASENBALG, H.: *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Eine civilistische Studie,* Verlagsbuchhandlung von Julius Buddens, Düsseldorf, 1870, S. 414; GIRTANNER, Wilhelm: *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte. Historisch dogmatisch dargestellt, II. Dogmatische Abteilung,* Verlag von Carl Hochhaufen, Jena, 1851, S. 535; DEMANGEAT, Ch.: *Des obligations solidaires en droit romain: commentaire du titre de duobus reis, au Digeste,* A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, Paris, 1858, S. 241-242; BINDER: *Die Korrealobligationen,* S. 147; TIELSCH, Richard: *Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum,* Diss., Druck von Julius Abel, Greifswald, 1899, S. 17; HAGEMEISTER, Paul: *Das beneficium cedendarum actionum des Bürgen*, Diss., Druck von Julius Abel, Greifswald, 1893, S. 18; BROCKHUES, Fritz: *Rechte und Pflichten des zahlenden Bürgen bezüglich der vom Schuldner oder Dritten gestellten Pfänder. Zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum*, Diss., Köln, 1896, S. 29; VON SAVIGNY, Fiedrich Carl: *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, I. Bd.,* Deit und Comp, Berlin, 1851, S. 255; SEILER: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 179; RUDORFF: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 34; SCHULZ, Fritz: *Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession,* (Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, 21. Heft), Verlag von M. & H. Marcus, Breslau, 1907, S. 21. Früher (1907) hielt Levy es auch für vorstellbar, dass es in der Stelle – ähnlich, wie in der D.46,6,12 – um die *fideiussores tutorum* geht (LEVY, Ernst: *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte,* Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1907, S. 198.), aber in seinem späteren Buch (1918) erwähnt auch er schon die obige Stelle als ein Beispiel für den Fall der Tutorenmehrheit (LEVY: *Die Konkurrenz I.,* S. 223). Auch die nächsten Quellen beschäftigen sich mit der Klagenabtretung in Zusammenhang mit der Mitvormundschaft: D.27,3,21; D.27,3,1,13; D.27,3,1,18; C.5,58,2

sen. Wie es sich aus den zwei früher vorgestellten Fragmenten (D.27,3,1,13; C.5,58,2) herausstellt, billigte für diesen Fall zuerst Antoninus Pius und später auch Septimius Severus und Antoninus Caracalla in Form einer *actio utilis* dem zahlenden Vormund eine eigenständige Regressklage zu.[60]

Was die rechtliche Einordnung dieser *actio utilis* betrifft, gibt es zwei verschiedene Hauptstandpunkte in der Literatur. Nach dem ersten Standpunkt geht es hier um eine *actio negotiorum gestorum utilis*,[61] während es sich nach dem zweiten Standpunkt um eine solche *actio utilis* handelt, die der *actio tutelae directa* des Mündels nachgebildet wurde.[62] Aufgrund des Kontextes der Quellen scheint der zweite Standpunkt wahrscheinlicher zu sein.

4. Beneficium divisonis

Aus den Quellen geht hervor, dass auch ein weiteres *beneficium*, das *beneficium divisionis* – mit denselben Voraussetzungen, die für die Mitbürgschaft charakteristisch waren –, den Mitvormündern zustand.[63] Unter den Spätklassikern wird die Anwendbarkeit dieser Rechtswohltat schon bei Ulpian erwähnt:[64]

D.27,3,1,11-12
Ulpianus 36 ad ed.
(11) Et si quidem omnes simul gesserunt tutelam et omnes solvendo sunt, aequissimum erit dividi actionem inter eos pro portionibus viribus exemplo fideiussorum.
(12) Sed et si non omnes solvendo sint, inter eos qui solvendo sunt dividitur actio. Sed prout quisque solvendo est, poterunt conveniri.

Im Sinne der Ulpian-Stelle ist es gerecht, sobald mehrere Vormünder zusammen gerierten, und alle von ihnen zahlungsfähig sind, dass die Klage des Mündels unter ihnen nach Kopfteilen geteilt wird. Wenn aber nicht jeder Mitvormund zahlungsfähig ist, wird die Klage unter den zahlungsfähigen Mitvormündern geteilt. Sie können verklagt werden bis zur Grenze ihrer Zahlungsfähigkeit.

Die Klage (und damit auch die Forderung) des Klägers wurde also – ähnlich wie bei dem ursprünglich von Hadrian für die Mitbürgen geschaffenen *beneficium divisionis* – auch in unserem Fall nicht *ipso iure* unter den Mitvormündern geteilt, sondern die Teilung wurde auf Verlangen des einen Mitvormundes von dem Prätor angeordnet. Die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit trugen auch in diesem Fall die zahlungsfähigen Mitvormünder,[65] und nicht das Mündel.[66]

Dies wird auch durch die nächste Papinian-Stelle bestätigt:[67]

D.11,2,2
Papinianus 2 quaest.
Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante eo omnes ad eundem iudicem mittuntur: et hoc rescriptis principum continetur.

In der Quelle geht es darum, dass von mehreren Mitvormündern nur einer verklagt wird, nämlich derjenige, der zahlungsfähig erscheint. Wenn der verklagte Vormund die Zahlungsunfähigkeit der Mitvormünder anzweifelt, kann er die Entscheidung des Richters über die Zahlungsfähigkeit der Mitvormünder verlangen. Papinian erwähnt, dass dieses Recht auch durch mehrere kaiserliche Reskripte bestätigt wurde. In der Stelle wird also das *beneficium divisionis* nicht ausdrücklich erwähnt, es wird aber auch hinsichtlich der Mitvormünder vorausgesetzt.[68]

Steiner nimmt an, dass sowohl die Anwendung des *beneficium divisionis*, als auch die Anwendung des *beneficium cedendarum actionum* den Mitvormündern analog zum Fall der Mitbürgen ermöglicht worden sei. Es sei aber keine prozessuale Analogie gewesen, sondern eine materiell rechtliche Analogie, deren Grundlage für Ulpian die *aequitas* bildete.[69]

Die mit den obigen Feststellungen scheinbar im Widerspruch stehende nächste Konstitution spricht aber ohne die Erwähnung des *beneficium divisionis* über die Haftung der Mitvormünder:[70]

---

[60] D.27,3,1,13; C.5,58,2; Meier: *Gesamtschulden,* S. 562; Wesener: *Labeo,* S. 352; Knütel: *SZ. 100.*, S. 434; Seiler: *Der Tatbestand der negotiorum gestio,* S. 189-190; Binder: *Die Korrealobligationen,* S. 285.

[61] D.3,5,29; Partsch, Josef: *Studien zur Negotiorum Gestio I., (Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Stiftung Heinrich Lanz, Philosophisch-historische Klasse, Band 4, Jahrgang 1913),* Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1913, S. 42-45, Wesener: *Labeo,* S. 352; Levy: *Die Konkurrenz I.,* S. 230-234; Archi, Gian Gualberto: Sul concetto di obbligazione solidare, In: *Conferenze Romanistiche tenute nella R. Universita di Pavić nell' anno 1939,* 1940, S. 298-340, S. 304; Solazzi, Siro: Tutele e Curatele II., In: *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, LIV.,* 1914, S. 17-70, S. 53. Steiner hält auch eine *actio mandati utilis* für möglich. (Siehe: Steiner: Die *römischen Solidarobligationen,* S. 246.)

[62] Kaser – Knütel: *Römisches Privatrecht,* S. 325; Meier: *Gesamtschulden,* S. 563; Seiler: *Der Tatbestand zur negotiorum gestio,* S. 192-198, 201-206; Harke, Jan Dirk: *Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, S. 274-280; Schmid: *Die Grundlehren der Cession,* S. 361-366; Rudorff: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 37.

[63] Schmid: *Die Grundlehren der Cession,* S. 360.

[64] Finkenauer: *Duo rei,* S. 196; Meier: *Gesamtschulden,* S. 563; Voci: *IURA 21,* S. 83-85.

[65] Nach Schmids Meinung sei der Mitvormund dann zahlungsfähig, wenn bei Beendigung der Vormundschaft er selbst, oder mindestens seine Bürgen vermögend genug sind. (Siehe: Schmid: *Die Grundlehren der Cession,* S. 361.) Rudorff vertritt aber demgegenüber den Standpunkt, dass der Ausfall des zahlungsunfähigen Mitvormundes den zahlungsfähigen Mitvormündern sogleich, also ohne Vorausklagung der Bürgen des insolventen Mitvormundes zur Last falle. (Siehe: Rudorff: *Das Recht der Vormundschaft. III. Bd.,* S. 31.)

[66] Steiner: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 246.

[67] Finkenauer: *Duo rei,* S. 196.

[68] Schmieder: *Duo rei,* S. 273; Finkenauer: *Duo rei,* S. 196.

[69] Steiner: *Die römischen Solidarobligationen,* S. 246.

[70] Schmieder: *Duo rei,* S. 273-274.

C.5,52,2pr.: *Imperatores Carus, Carinus, Numerianus*

Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda. (284)

Im Sinne der Verordnung, wenn die Geschäftsführung unter den Mitvormündern nicht geteilt wurde, kann das Mündel frei unter den Mitvormündern einen auswählen, und von ihm die Zahlung der ganzen Schuld verlangen. In diesem Fall muss er aber dem leistenden Vormund die ihm zustehenden Klagen gegen die Mitvormünder abtreten.

Nach Vocis Meinung erwähnt die Konstitution das *beneficium divisionis* deswegen nicht, weil in ihrem Mittelpunkt nicht die Haftung der Mitvormünder, sondern eine Neuregelung hinsichtlich der Ermöglichung des *beneficium cedendarum actionum* stehe und das *beneficium divisionis* bei der Erschaffung der *constitutio* deswegen in den Hintergrund gedrängt worden sei.[71]

In der Literatur gibt es zwar solche Standpunkte, die die Ermöglichung des *beneficium divisionis* für die Mitvormünder in der vorjustinianischen Zeit bestreiten, und die diesbezüglichen Quellen für interpoliert halten,[72] dennoch erscheint der gegenüberstehende Standpunkt wahrscheinlicher, nach dem die Einrede der Teilung allmählich schon vor Iustinian, wahrscheinlich schon ab der spätklassischen Zeit den Mitvormündern zustand,[73] und die Abtretung der Klagen gegenüber den Mitvormündern oder die Gewährung einer *utilis actio* gegen sie erst dann ermöglicht wurde, wenn der eingeklagte und leistende Mitvormund das *beneficium divisionis* aus irgendeinem Grund nicht in Anspruch nehmen konnte.[74]

Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Vormünder, wenn sie weder von der Geschäftsführung befreit wurden, noch die Geschäftsführung unter ihnen von dem Erblasser oder dem Magistrat aufgeteilt wurde, als Gesamtschuldner gegenüber dem Mündel hafteten. Es galt sowohl für die gerierenden als auch für die zessanten Vormünder. Die Haftung der Letzteren war aber höchstwahrscheinlich nur subsidiär. Das Mündel konnte sich frei entscheiden, welchen von den gerierenden Vormündern es auf das Ganze einklagen wollte. In diesem Fall hafteten die Vormünder auch für die Schäden, die durch die Pflichtverletzung ihrer Mitvormünder entstanden sind. In diesem Fall stand ihnen aber ein Regressanspruch gegen die Mitvormünder zu, den sie entweder mit der ihnen abgetretenen *actio tutelae directa* des Mündels gegen die Mitvormünder oder mit einer eigenen *actio utilis* durchsetzen konnten.

Am Ende der klassischen Zeit stand schon wahrscheinlich auch den Mitvormündern das sog. *beneficium divisionis* zur Verfügung, womit der angeklagte Vormund erreichen konnte, dass die Forderung des Mündels unter ihm und den zahlungsfähigen Mitvormündern aufgeteilt werden konnte. Demzufolge hatte nach dieser Zeit der zahlende Vormund nur in dem Fall einen Regressanspruch gegen die Mitvormünder, wenn er aus irgendeinem Grund das *beneficium divisionis* nicht in Anspruch nehmen konnte. In diesem Fall standen ihm entweder die abgetretenen Klagen des Mündels oder die *actio utilis* weiterhin zur Verfügung, um seine Regressansprüche durchzusetzen. Dieser Regressanspruch stand den Mitvormündern (wahrscheinlich ab dem 3. Jahrhundert n. Chr. allmählich) auch dann zu, wenn sie die Geschäfte des Mündels gemeinsam geführt haben, und die verursachten Schäden allen vorwerfbar waren. Der gemeinsame *dolus* der Mitvormünder schloss aber ein Regressrecht aus.

[71] VOCI: *IURA 21,* S. 97-99; SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 273-274; Ähnlich: FINKENAUER: *Dou rei,* S. 197.

[72] LEVY: *SZ. 37.,* S. 26; BINDER: Die Korrealobligationen, S. 284; EISELE: *AcP 77.,* S. 457-458; LECOMTE: *La pluralité des tuteurs,* S. 175-176, 196-201; KADEN, *SZ. 49.,* S. 560.

[73] SCHMIEDER: *Duo rei,* S. 274; FINKENAUER: *Duo rei,* S. 197; SCHULZ, *SZ. 27.,* S. 101-102; VOCI: *IURA 21,* S. 71-122.

[74] Siehe: SCHMID: *Die Grundlehren der Cession,* S. 360.

Marriage Property Rights of the Hungarian Noble Women according to their Prenuptial Agreements*

*Zsuzsanna Peres***

Abstract

The article focuses on the prenuptial agreements of the Hungarian noble families in the early modern times in order to reveal those marriage property rights the noble women enjoyed during and after the termination of their marriage according to the wording of their agreements. The aim is to find out whether the foreign marriage property institutions of the neighboring Austrian hereditary provinces influenced the Hungarian marriage property rules, or not. In order to fulfill the aim, the article compares the existing legal rules to the everyday legal practice followed by the Hungarian nobles in marriage property issues. The article gives an insight into the customary legal system of the that times Hungarian Kingdom, defining marriage property rights of noble women based on the customary legal collection called Tripartitum compiled by Stephen Werbőczy distinguishing these rights according whether they got them from the family they were born into or the family they were joining in by their marriage. Such Hungarian institutions as the quarter, the rights of the unmarried women to a decent maintenance and to a proper endowment, the dowry, the marital remunerations as the dos, dotalitium, parapherna and the widows' rights to a decent maintenance and proper endowment are compared to such institutions - although foreign to the Hungarian legal system but declared in the prenuptial agreements - as the Widerlag and the Morgengabe, or the so-called Spennadel Geld. The article also deals with the problem of the terminology caused by the trilingual environment in which the Hungarian nobles were living in.

Keywords: *Hungarian aristocracy; Lady-in-Waiting; prenuptial agreements; marriage property rights; dos; paraphernal; dowry; Widerlag; Morgengabe; Spennadel Geld; jus viduale; successio vidualis.*

The article intends to prove the effect of the Austrian marriage property law on the Hungarian marriage property law from the 17th to the18th centuries. The Austrian legal institutions entered into the Hungarian marriage property law through marriages of Austrian and Hungarian partners, and thereby influenced the Hungarian legal regime. The research made to this article is based on the content of prenuptial agreements related to the Hungarian nobility preserved in the different state archives of Vienna and Budapest.

1. The Hungarian Aristocracy of the 16th and 18th Centuries

The aristocracy had a privileged position in the Hungarian society during the feudal period just as in other European countries. From the 16th to the 18th centuries, they were those who were entitled to enter the Viennese court, they were appointed as officials of the state, and they mostly had the opportunity to conclude marriages with partners belonging to nobles of another state. Possessing large properties and having fortune, members of the aristocracy always signed prenuptial agreements to ensure their positions.[1]

The military defeat at Mohács in 1526 and the division of the Hungarian territories following the Turkish invasion led to significant Austrian influence in the Hungarian legal development. During the Turkish occupation, the Hungarian Kingdom – geographically restricted to the Western area of the former territory – offered the Hungarian crown to the Habsburgs. Since 1516, the Habsburg dynasty worked on turning the previous elective monarchy into a hereditary one with the coronation ceremonies in Pozsony (today Bratislava, Slovakia) and the royal court in Vienna. Through military endeavours a new aristocracy arose in Hungary, gaining fortune and strengthening its

* The research underlying this article was supported by the "Zoltán Magyary Postdoctoral Fellowship for the convergence region" (MZPD-13-0145).

** Zsuzsanna Peres, PhD, Vice Dean, Associate Professor, Faculty of Science of Public Governance and Administration, National University of Public Service, Budapest, Hungary.

[1] The Hungarian nobility had written marriage contracts. The population of the towns occasionally also had such written marriage contracts, increasingly so from the end of the 17th century when, following the expulsion of the Turks, significant foreign population moved into the towns and brought their own (mainly German) customary rules to the territory of Hungary.

positions in the court of Vienna. The daily contact to the Austrian nobles every now and then also resulted inmarriages.[2]

Actually, marriage was the most often used cross-border contractual relationship to establish political connections.[3] Several documents show how wealthy members of the Hungarian higher nobility concluded marriages with foreign nobles. The prenuptial agreements signed by the parties prove the parallel use of legal institutions with different origin. The often used foreign legal institutions later entered the general Hungarian legal practice. Over time, it became customary law and occasionally even written law.

The interference with the foreign nobles brought new habits for the Hungarian aristocracy as well, raising their educational level. Although the general level of knowledge of Hungarian aristocrats, with some exceptions, remained behind the level of other European countries' aristocracy, it can be proven that from the 17th century on there was a general demand for the Hungarian aristocracy to be educated and literate, to possess significant libraries in case they could afford to have one, and to know well the world outside of their country, which they could get to know by the completion of a "*cavallierstour*" in company of their teacher (*praeceptor*). They may not have had the same education as today, but they were educated in a pragmatic way to be capable of handling their daily duties and managing properly their properties.[4]

2. The Laws Related to Marriage

When discussing marriage regulations, rules referring to the nuptial bonds and those regulating marriage property law need to be distinguished.

The nuptial bond on the territory of the Hungarian Kingdom, just as in many other European countries, used to be regulated by the Roman Catholic Canonical law for many centuries, altered later by the different ecclesiastical laws appearing after the time of the reformation.

The influence of the Roman Catholic Church on the nuptial bond in Hungary started when the Christian monarchy and the Roman Catholic Church were established.

At the beginning of the 12th century, King Coloman I in Chapter 15 of his second decree issued around 1116 ordered, that *„[…]all marriages shall happen in front of the church, in presence of a priest, under proper witnesses' very eyes, with some sign of the engagement and unanimous consent of the future spouses[…]".*[5]

Later on King Andrew II handed over the jurisdiction in all nuptial bond cases to the church in his Concordat of Bereg concluded with the Church in 1233. According to this concordat, the ecclesiastical courts possessed exclusive jurisdiction over all nuptial bond related cases in Hungary – almost uninterrupted – until Act 31 of 1894 about the introduction of the civil marriage entered into force.

Contrary to the nuptial bond, claims related to marriage property always belonged to the jurisdiction of secular courts and secular law was the one to regulate it. Some legal institutions could be found in different acts of law, but the most extensive catalogue of marriage property rights, called-as special rights of women was listed by Stephen Werbőczy in his work called *Tripartitum*.[6] Werbőczy mentioned the following marital property rights: the quarter *(quarta puellaris)*, the rights of the unmarried woman *(jus capillare)*, the engagement gift and the marital remuneration *(parapherna; dos)*, the rights of the widow *(jus viduale)* and the inheritance of the widow *(successio vidualis)*.[7]

---

[2] Among the literature dealing with the Hungarian aristocracy of the early modern times in general – among others – the works of Géza Pálffy shall be mentioned. Géza Pálffy: *A bécsi udvar és a magyar rendek a 16. században. [The Viennese court and the Hungarian estates in the 16th century],* In:Történelmi Szemle (1999) 3-4. Source: epa.oszk.hu/00600/00617/00004/tsz99_3_4_palffy_geza.htm; Géza Pálffy: *Der Adel aus den ungarischen Ländern am Kaiserhof 1526-1612.* In: Anna Fundárková – István Fazekas (Hg.): Die Weltliche und Kirchliche Elite aus dem Königreich Böhmen und Königreich Ungarn am Wiener Kaiserhof im 16.-17. Jahrhundert. Publikationen der Ungarischen Geschichtsforschung in Wien. Bd. VIII., Wien, 2013, 37 – 76. Géza Pálffy: *A Magyar Királyság és a Habsburg Monarchia a 16. században [The Hungarian Kingdom and the Habsburg Monarchy in the 16th century],* Budapest, 2016 and the work of Katalin Péter: *Gyermek a koraújkori Magyarországon [Children of the early modern times' Hungary],* MTA Történettudományi Intézete, Budapest, 1992. In addition to the general ones, there are several works focusing on the different noble families, too.

[3] See more: Lajos Szádeczky: *Báthory Zsigmondné Mária Krisztierna*. Bp. Athenaeum, 1883, or Tibor Martí: *Oklevelek Aragóniai Beatrix hagyatékából. Magyar vonatkozású források a spanyol katonai lovagrendek iratanyagában. [Documents from the bequest of Beatrice of Aragon. Sources related to Hungary among the documentary sources of the Spanish Military Orders.]* In: Történelmi Szemle LIX. 3/(2017) 491-523. Michael Sikora: Conflict and Consensus around German Princes' Unequal Marriages. Prince's Autonomy, Emperor's Intervention, and the Juridification of Dynastic Politics. In: Coy, Jason Philippe – Marschke, Benjamin – Sabean, David Warren (eds.): The Holy Roman Empire, Reconsidered. New York-Oxford, Bergham, 2010. 177 – 190., and Michaela Hohkamp: *Marital Affairs as a Public Matter within the Holy Roman Empire. The Case of Duke Ulrich and Duchess Sabine of Württemberg at the Beginning of the Sixteenth Century.* In: Coy– Marschke– Sabean (eds.), 2010. 213 – 227., Theodore C. Bergstrom: *Primogeniture, Monogamy and Reproductive Success in a Stratified Society* unpublished paper, 1994. 1-28. downloaded from: https://escholarship.org/uc/item/4jq389zf Last accessed: 18. 1. 2018.

[4] Inter alia the following works on the education of the Hungarian aristocracy were used as sources for this article: István Monok: *A művelt arisztokrata. A magyarországi főnemesség olvasmányai a XVI-XVII. században. [The educated aristocrat. The readings of the Hungarian aristocracy in the 16-17 centuries.],* Kossuth Kiadó, Budapest-Eger, 2012 and Domokos Kosáry: *Művelődés a XVIII. századi Magyarországon. [Education in the 18th century Hungary],* Akadémiai Kiadó, Budapest, 1983. Among the articles dealing with the *„Cavallierstour"* see: Katalin Toma: *Nádasdy Istvan európai tanulmányútja: a Kavalierstour alkalmazása a magyar főuri nevelési gyakorlatban. [Stephen Nádasdy's European tour: the Cavallierstour in the education of the Hungarian aristocrats.],* In: G. Etenyi Nora – Horn Ildiko ed.: *Idővel paloták… Magyar udvari kultúra a 16-17. században,* Balassi Kiadó, Budapest, 2005, 192-214.

[5] László Komáromi identified this decree of King Coloman in his article with the title *„A bizánci hatás egyes kérdései a középkori magyar házassági jogban [Some questions of the Byzantine effect on the medieval Hungarian marital law]"* as the 16th Canon of the 2nd synode of Esztergom in 1112. In: Iustum Aequum Salutare II. 2006/1–2.,159–160.; Gábor Béli refers to it as to a decree of a synode held by King Coloman around 1116 in an unknown place. Gábor Béli: *„Árpád-kori törvényeink [Our decrees of the Arpad-Era]"*, JURA, (6. évf.) 2000/1-2., 35-46., at page 35.

[6] The Tripartitum used to be the customary legal collection prepared for 1514 that collected all the customs existing at that time. The collection determined the Hungarian private and procedural law for the subsequent centuries until the revolution of 1848. This collection had such respect in its time that no codification attempts could deteriorate its legal effect.

[7] Quater: Tripartitum Part I title 88- 91, 97; Rights of the unmarried women: Tripartitum Part I title 92.; Engagement gift: Tripartitum Part I title 93, 100; Marital remuneration: Tripartitum Part I title 93 – 98, 103-111; Rights of the widows: Tripartitum Part I title 99, 101.

These legal institutions correlated to the marriage property institutions existing in other European countries. However, the quarter, the rights of the unmarried woman and the marital remuneration need some further explanation because of their special „Hungarian" character.

The quarter was the special part of the so-called hereditary family property the women were entitled to inherit all together no matter how many women were. They got usually the quarter after the death of the father but not earlier than the time of their endowment. The brothers of the bride were entitled to buy the quarter off and give money instead in order to maintain the real estate for their family.[8] Between the 16th and 18th centuries, the reference to the quarter vanished from the practice, because it usually became part of the dowry.

The rights of unmarried women consisted of their right to decent maintenance and „to proper endowment". Thus, women could stay in the house of their father after his death and they could not be forced by relatives to enter into an improper or indecent marriage. Of course the measure of proper endowment differed according to the family fortune and status of the woman. Some women concluded marriage without any wedding celebration, others had a wedding lasting for weeks and special taxes paid by serfs of the family covered the extensive costs of their wedding.[9]

Marital remuneration (dos) was paid by the husband for the wife at the end of the marriage. This amount of money used to be the reward paid to the wife for the consumption of the marriage and loss of her virginity. It had to be paid only in case the widow, after the death of her husband decided to remarry someone else. In case she preserved her widowhood, she was entitled to get a proper maintenance by having usufruct rights on the property of her husband, but she wasn't entitled to the marital remuneration. If the wife died first the husband had to transfer the remuneration to the wife's family. The measure of the remuneration according to the Hungarian laws – in case the husband had not stipulated more in an agreement – was equivalent to the bloodwit of the husband.

3. The Practice: Prenuptial Agreements

The most important documentary sources related to the subject would be the prenuptial agreements preserved in the *Haus-Hof- und Staatsarchiv* of Vienna in the documents of the *Oberst-hofmeisteramt* and different family archives. Especially such documents are interesting that contain the prenuptial agreements of the Ladies-in-Waiting attending on a queen at the imperial court of Vienna. In the collection preserved in Vienna, consisting of 335 prenuptial agreements, 38 is the number of those related to the Hungarian aristocrats.

These documents were ordered to be deposited to the archive of the *Obersthofmeisteramt* during the reorganization of the Viennese imperial court in the early modern times. During the reorganization the court' offices became restructured based on the Spanish and Burgundian patterns. The court order *(Hofordnung)* issued by King Ferdinand I in 1527 established four high-ranking officials. These were: the Lord High Chamberlain *(Obersthofmeister)*, the Master of Ceremonies (*Obersthofmarschall),* the Master of the Court Chamber (*Obersthofkammer)* and last but not least the Master of the Horse (*Oberststallmeister).*[10] Parallel to the Emperor's officials, the other members of the royal family, such as the dowager queen, the queen consort, the princes and the royal children had the same type of officials serving them. For the subject, the households and officials of the dowager queen and the queen consort are the most important, especially the *Obersthofmeister* of the Queen to whom the endowment of the Ladies-in-Waiting belonged.[11]

After restructuring the court, the endowment of the Ladies-in-Waiting and the preparation of prenuptial agreements became task of the Lord High Chamberlain who had to perform according to strict protocols. Before signing the contracts careful negotiations were carried out among the parties and the families they belonged to. Sometimes these negotiations could take several months. E.g. the endowment of Theresia Nádasdy, daughter of the Hungarian Justice-in-Chief Ferenc Nádasdy with count John Anthony Pálffy, son of the Palatine Paul Pálffy in 1668. As the seneschal of the Pálffy family (János Sigray) wrote in his diary: he had several negotiations regarding the establishment of the dowry brought to the marriage.[12]

---

[8] See more József Holub: *„Néhány kérdés a leánynegyed köréből. [Few questions regarding the quater]"*, Értekezések a filozófiai és társadalmi tudományok köréből, Magyar Tudományos Akadémia, Budapest, 1936.

[9] Many sources describe such expensive weddings. See more Béla Radvánszky: *Magyar családélet és háztartás a XVI. és XVII. században. [Hungarian family life and households in the 16th and 17th centuries]"* Vol. I., MTA, Budapest, 1896, 355-357.

[10] The Master of Horse was the fourth in the ranking of the court's high officials. He was the person to care about the horses, the royal journeys and the service of the page of honours having noble origin. The Master of the Court Chamber took care of the Emperor's personal needs and handled his „personal matters". The Master of Ceremonies was the second official of the court right after the Lord High Chamberlain. He had the right of jurisdiction above the inhabitants of the court. The Lord High Chamberlain was the first in ranking and position who had his own office. He took care of all affairs of the court such as financial administration of the court, but he was also the person to take care of all the architectural investments, the court theatre and concerts, or the court chapel. The number of the court officials and members of the royal household were continuously growing, especially during the times of Leopold I, Charles III, or Maria Theresa. According to the latest research their number grew from 1000 to 1760 persons by the end of Maria Theresa's rule. Jakob Wührer – Martin Scheutz: *Zu Diensten Ihrer Majestät. Hofordnungen und Instruktionsbücher am frühneuzeitlichen Wiener Hof,* Quelleneditionen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Wien-München, 2011., 34-36.

[11] Katrin Keller: *Hofdamen. Amtsträgerinnen im Wiener Hofstaat des 17. Jahrhundert*, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2005., 17-30.

[12] We know from the diary of János Sigray that Theresia Nádasdy served as Lady-in-Waiting in the court of Vienna and she got a dowry of 43000 Hungarian florins from her father which meant quite a fortune at that time. Her father wanted her future husband to promise that he will use only the benefits of this dowry and will return the capital sum back to her after the end of the marriage. Of course besides making this promise, the groom had to stipulate a serious sum of marital remuneration for his wife that she could claim even if she couldn't give birth to children (provision contrary to the customary law of the Hungarian Kingdom). *„[…] sed casu quae decederet sine haeredibus iuxta Jura Regni Dotem recipiat […]"* – ÖStA (Österreichisches Staatsarchiv) HHStA (Haus-, Hof- und Staatsarchiv) Sammlung KOS 1668. II. I owe thanks to Dr. István Fazekas the previous delegate of the Hungarian National Archives in Vienna for giving me the copy of the diary.

The results of the negotiations were always put into written prenuptial agreements in the presence of the Lord High Chamberlain and other proper witnesses brought by the parties. Comparing these agreements prove that there was a common contract form in use and the content usually matched the customs of the court in Vienna.

The prenuptial agreement of Josef de Palma and Maria Josefa von Brandis signed on 26 May 1726 proves us, that in case of every Lady-in-Waiting it was a must to sign such a contract concluded according to special Austrian form and content. In this special case for instance an annex had been attached to the agreement in which the future husband asked for the permission of the royal counsellor of the Kingdom of Naples, Don Pablo Bermudez de la Torre. Only in possession of his consent was he entitled to sign the prenuptial agreement prepared according to the Austrian law, which – as the document says – followed „very different style" than the ones used in Naples.[13]

The Lord High Chamberlain of the dowager queen, or the queen consort was always named in the contract by full title as the person entitled to prepare the contract in the presence of the future spouses' parents and witnesses. In addition to the family members' consent, the consent of the royal couple was always necessary for the marriage. Expressing their consent they almost always used the same clause:*„[…] ist über vorhergegangenes Christ geziemendes ansuchen mit mehr höchst gedacht beeder Kay[ser]l[ichen] May[estät] May[estät] allergnädigster Verwilligung, obgemeldtem herrn Grafen von* [XY] *besagte Fräule Gräfin von* [VZ] *zu einer künfftigen Ehegemahlin bis auf Priesterliche hand verlobt und versprochen worden."*[14] According to this statement the future spouses concluded their engagement in the presence of a priest. The parties took a vow in order to show the seriousness of their promises. Sometimes they also exchanged rings, about which they also wrote in the contract: *„[…] wie Sie dan üblichen herkommen gemäßß, die so genante treu-Ringe gegen einander schon gewechselt haben."*[15] The exchange of the rings was of common use among the Ladies-in-Waiting, who usually got rings decorated with precious stones instead of a plain wedding ring.[16]

The contract issued in three congruent exemplars was usually given to the parties and one exemplar was put in deposit at the chancery of the royal person the Lady-in-Waiting belonged to.[17]

Regarding their content all prenuptial contracts of the Ladies-in-Waiting were the same. In almost all cases the future wife brought a specified amount of *„Heyratts-gut"* (dowry) to the marriage she had to hand over into the possession of the future husband within one year and one day after the completion of the marriage. The specified amount of the dowry differed according to the status of the spouses.[18] The husband getting the possession always had to issue a receipt about the assignment.[19] Except in some cases, a dowry is an amount of money, usually between 2000 and 5000 rheinischer guilder. Sometimes the sum could be raised according to the parties' will.[20] Depending on the provisions of the prenuptial agreement the dowry could be either reimbursed to the wife after the ending of the marriage, or inherited by the husband. According to the Hungarian customs, the dowry had to be reimbursed to the woman's family if there were no children, but agreements could stipulate otherwise.

The future husband always stipulated as *Widerlag* (counterdowry) the double amount of the dowry as an expression of

[13] *„Articulo que haviendose presentado al Emperador. […]a fin de que pueda formarse el contracto según la costumbre del Archiducado de Austria, y el éstiló de la Corte; suplicaba a Su Majestad se dignasse de aprobar, y authorizar el contracto Matrimonial qua deve hacerse según el éstilo de la Corte de forma que no pudiesse padecer excepcion alguna, o por causa de solemnidad omitiva, o por repugnancia a las Leyes, y Pragmaticas del Reyno de Napoles, y tubiesse en lo venidero su plenario e indubitable effecto […] se sirviesse tambien dispensar las dichas Leyes y Pragmaticas para la mayor validad del referido Contracto Matrimonial; Su Majestad se ha dignado mandar por lo que mira al primer punto de dispensar a las formalidades con que en Napolesse estipulan los contractos Matrimoniales, para que no se impida la execución del que se hace en esta Corte donde se guarda en esto estilo muy diferente;[…]"*ÖStA, HHStA, OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 11.Nr. 46. – Prenuptial agreement of Josef de Palma and Maria Josefa Gräfin Brandis. Document issued by Don Pablo Bermudez de la Torre royal counsellor of Naples. 26 May, 1726.

[14] The quotation is from: ÖStA HHStA OMeA (Oberhofmeisteramt) SR (Sonderreihe), Ehepakten des Hofstaates Kt. 10. Nr. 15. – Prenuptial agreement of Ferdinand Karl Aspremont and Theresia Esterházy. 1 January, 1730.

[15] ÖStA HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Kt. 10. Nr. 11. – Prenuptial agreement of Michael Ferdinand Althan and Jozefa Serényi. 7 April, 1720.

[16] Usually the inventories of noble women provide information about the rings used at the time of their engagement.

[17] „[…] *zu mehrerer Roborirung in Nahmen undt anstatt aller höchst gedachter Römischen Kayserlichen Mayestäts von eingangs hochernandten herrn Obristen Hoffmeistern, wie auch von denen beyderseiths hochansehentlichen Herren Befreündten (jedoch disen undt ihren Erben ohne nachttheil undt schaden) mit Handschrifft undt Pettschafft bekräfftiget undt deren drey gleich lautende Exemplaria, da von Eines bey der verwittibten Kayserlichen HoffCanzley verbleibet, von beyden übrigen Jeder Brauth Persohn eines zu handten kommen gefertiget worden. So geschehen Wien den 19 Junii 1708."* ÖStA HHStA FA (Familienarchiv). Pálffy Arma I. Lad. 9. Fasc. 2. Nr. 9. – Prenuptial agreement of Leopold Pálffy and Antonia Raouit von Souches, 17 June, 1708.

[18] *„[…] sollte aber die Gräffliche Fräule Brauth über kurz oder lang in den Fürsten Stand gelangen, so werden Ihr anstatt deren oben Puncto 6to begriffenen 3000 fl[oreni] zur Wittiblichen Unterhaltung sodan sechs tausend gulden, und anstatt deren in dem nemblichen Punct befindlichen 1000 fl[oreni] für die Wohnung, das Quartier in einem Stock in dem Fürst Esterházyschen Hauß in den Wallnerstrassen allhier, oder Statt dessen Jährlich zwey tausend gulden nach Ihrer Willkur dan über die oben Puncto 8to versprochene Mobilien, Pferd und Wagen annoch dreytausend gulden, Item anstatt deren Puncto 9no versprochenen 30000 fl[oreni] alß frey aigenes fünffzig tausend gulden und endlichen anstatt deren Puncto 5to erhaltenen 2000 fl[oreni] für Spennadel Geld, cier tausend Gulden Jährlich abgereichet und richtig verabfolget werden."* ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 12. Nr. 86. – Prenuptial agreement of Anton Fürst Esterházy and Theresia Gräfin Erdődy. 6 January, 1763.

[19] *„[…] verspricht mehr benandte Freyle Brauth mit genehmhaltung Ihres wohlgemelten Herrn Vattern dem Herrn Bräutigams zu einem wahren und gewissen heyrathsguet in Jahr und Tag noch vollbrachter hochzeith gegen Quittung baar und richtig zubezahlen und zuerlegen fünff tausent gulden Rhein[isch]."* ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 23. – Prenuptial agreement of Ludwig Ernst Batthyány and Theresia Gräfin Kinsky. 16 May, 1717.

[20] *„[…] zu einem gewissen und rechten heyrath Gutt eine Summa von zwey taußent gulden Rheinis verheyratet worden." […]"*ÖStA, HHStA, OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 27. – Prenuptial agreement of Paul Karl Graf Pálffy and Maria Margaretha Gräfin Stubenbergh. 22 November, 1718.

reciprocity.[21] The future fate of the *Widerlag* differed from that of the dowry. In case the wife survived her husband half of it became property of the wife after the marriage ended, the other half had to be inherited by the children born to the marriage. In lack of children their part had to be reimbursed to the husband's family. In case the wife died first the husband was entitled to keep the whole amount of the *Widerlag* for himself. In this sense the *Widerlag* differed significantly from the previously mentioned marital remuneration existing in the Hungarian legal system. They differed in their aim, too. While the Widerlag was a counter-provision to the dowry, the marital remuneration used to be the prize for the marital merits of the wife.

Moreover, all prenuptial agreements stipulated the so-called *Morgengabe*, foreign to the Hungarian legal system. This used to be the precious gifts given to the wife right after the consummation of the marriage. Up to the *Morgengabe*, the Ladies-in-Waiting usually got jewellery and different amounts of money as additional gifts, too. These belonged to the property of the wife during the marriage. The two rings the Ladies-in-Waiting were entitled to get formed also necessary part of the gift.[22]

Above the gift the husband had to provide a yearly amount to the wife called *Spennadel Geld* that meant the contribution to the costs of the common household. Sometimes the future husband helped also cover the costs of the wedding (*Hochzeits Solennität, Hochzeits Praesent)* and contributed to the so-called *Staffierung* of the wife. The amount of the latter provisions always depended on the social status of the spouses, so the expression *„standmässig"* (decent and proper) was always used as an attributive: *„standmässiger subsistenz"* (decent and proper alimony), or *„Standt gemessener außstaffierung"* (decent and proper endowment).

The main part of the prenuptial agreements were the provisions made in favour of the future widows. Every prenuptial agreement must contain such provisions because the maintenance of the widows was the responsibility of the husband's family. All widows were entitled to get a decent and proper support during their widowhood. Among these both provisions related to life-estate and inheritance can be found. All prenuptial agreements provide security to the widow through a mortgage on the husband's property.[23]

Widows could stay in the house they shared during the marriage, but in case she decided otherwise a specified amount had to be given to the widow covering her yearly subsistence and costs of her residence. The usual amount of the subsistence was 600 rheinischer guilder per year, but the husband could provide both more or less.[24] The subsistence was given in addition to the usual alimony of 3000 rheinischer guilder. Moreover, the widow always got the coach with the horses and the movables that served as appointments to her rooms.[25]

The Hungarian customary rules did not contain such detailed provisions for the alimony, or subsistence for the widowhood, they just stated in general that the widow is entitled to get a proper subsistence after the death of her husband and cannot be forced to remarry someone else.

Last but not least provisions about the goods acquired in common can be found in the agreements. According to the Hungarian customary law, the husband was the only acquirer of the property and the wife got half of the property only if she was mentioned by name in the acquisition contract. Yet the documents examined for this research prove the contrary: All properties acquired during the marriage were considered common goods.[26] The children were those to inherit the common goods, but if there were no children the surviving spouse was entitled to get the husband's part.

Contrary to the Viennese court's legal practice, we can hardly find any details regarding the formal requirements of the prenuptial agreements in our Hungarian laws and customs. Neither the most important customary collection of that time,

---

[21] About the doubling of the amount: *„[…] gedachter Herr Bräutigamb so benant fünff tausent gulden heyraths-gutt doppelt nemblich mit zehen taußent gulden Rheinisch: zu widerlegen gehalten und verbunden seyn […]"*ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 28. – Prenuptial agreement of Johann Graf Pálffy and Anna Eleonor Gräfin Esterházy. 11 May, 1715.

[22] *„[…] nebst zweyen Diamant Ringen und tausend Ducaten in specie"* ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 15. – Prenuptial agreement of Ferdinand Karl Graf Aspremond-Lynden and Theresia Gräfin Esterházy. 1 January, 1730.; *„[…]mehrgedacht Fräulen Brauth neben zweyen Brauth Ringen anstatt des Geschmucks als mit welchem dieselbe von Ihro Frauen Mutter beraiths zur genüge versehen ist, und für andere eine Hoff Damen zuraichen gewöhnliche Brauth Regalien zwey taußent Ducaten in specie zugesagt worden."* ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 27. – Prenuptial agreement of Paul Karl Graf Pálffy and Maria Margaretha Gräfin Stubenbergh. 22 November, 1718.

[23] *„[…]das die Frau Wittib beinen Jahrs frist nach ableben des Herrn Bräutigambs all solcher, vermög dises Heyraths contracts habender rechtmässiger Sprüchen und Forderungen wegen, vollständif beyfriediget werden […]krafft dieser Ehe-beredung vollkommene macht und gwalt haben solle sine omni Juris strepitu per quemcunque Judicem pedaneum non obstante quocunque Juristitii tempore nec alio qualitercunque cogitabili impedimento, auß besagter Baimozischer herrschafft […] Jährlich eine Summa von Sieben tausent gulden […] executive einzutreiben und Ihro einräumen zu lassen[…]"*ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 28. – Prenuptial agreement of Johann Graf Pálffy and Anna Eleonóra Gräfin Esterházy. 11 May, 1715.

[24] *„[…]die Wittibliche Wohnung Sechs hundert Gulden, die helffte von halb zu halb Jahren vorauß […] in guetter gangbahrer Münz hier in Wienn bezahlt werde."* ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 35. – Prenuptial agreement of Leopold Graf Pálffy and Antonia Gräfin Ratouit de Souches. 17 June, 1708.

[25] *„Die Fahrnussen betreffend solle der Fräulen Brauth, im Fall Ihrer Verwittibung, alle Einrichtung von dreyen Wohnzimmern […]aigenthumblich verbleiben. Ingleichen Ihro ein ganzer Zug der schönsten verhandenen Pferden und darzue gehörigen geschieren, sambt den besten Wagen, alles nach aigenen belieben zu erwehlen, dan ein Pferd für den aufwarter und ein Klepper für den Reitknecht verabfolgen werden."* ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 11. Nr. 56. – Prenuptial agreement of Franz Folch Fürst de Cardona and Antonia Gräfin Czobor. 22 April, 1731.; *„Auß dreyen Zimmern des Gräfflich Pálffyschen hauseß allhier in Wienn, benanntlichen aus dem Parada-Zimmer, dem Mitteren und ordinari Schlaffzimmer die bether und alle in selbigen sich befindende zugehörige Mobilien, ingleichen der beste Wagen und ei Zug Pferde verabfolget werden sollen."* ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 11. Nr. 42. – Prenuptial agreement of Niklas Graf Pálffy and Maria Anna Gräfin Althann. 11 January, 1733.

[26] *„Was aber beede theile unter dem Göttlichen seegen hier nechst wehrender Ehe miteinander erringen und erwerben mögen, das ist als ein gemeinsammes Gutt zuachtenn und hat ieder theil mit der helffte dessen, es seyen Kinder verhanden oder nicht willkührlich zu disponieren."* ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 28. – Prenuptial agreement of Johann Graf Pálffy and Anna Eleanor Gräfin Esterházy. 11 May, 1715.

the Werbőczy's Tripartitum, nor other enactments contained rules regarding them. Even if there was no rule for it, such contracts existed and because of being generally used in the Viennese court they turned to be widely used among the Hungarian aristocrats as well. Since there were no rules each future partner could stipulate whatever he or she wanted. Sometimes they referred to their stipulations as to those happening according to the laws of the country, but they didn't quote exact legal chapters for the provision of specific property rights. Usually they referred to the contract as to an agreement made up *„according to the existing laws of the country"* or *„according to the ordinary habits of the honourable families"*.[27] The reference to the specific regulations of each legal institution happened usually when the case ended up in front of a court, where a judge was to decide the dispute according to the laws and customs of the country.[28]

The numerous documents preserved in the National Archives of Hungary also prove that these contracts were commonly used in practice and everyone knew the rules on how to conclude them. They followed the form of a last will or a simple purchase contract.

The lack of regulation later on caused some misunderstandings during the codification of the Hungarian Private Law. Some leading authors of the codification time, not-knowing about the documentary sources in the Archives, wrote that members of the Hungarian society usually had not signed prenuptial agreements because the institution was unknown to the Hungarian legal system.[29] Maybe for the legal system yes, but for the practice…

4. Problems of Terminology Used in the Documents

During the research of prenuptial agreements, we sometimes encounter difficulties because of the terminology used in the documents written in different languages. This happened so because the Hungarian aristocracy used at least (!) three different languages in their everyday writings until the second half of the 19th century. On the one hand, they used Latin as official language of the country until Act 2 of 1844 introducing the Hungarian language as the official one. On the other hand, the Hungarian aristocrats, especially who turned up frequently in the Viennese court, often wrote in German or maybe French in their correspondence and the agreements signed with Austrian nobles were also written in German. Moreover, the correspondence among Hungarian aristocrats happened at least as often in Hungarian. This situation got even more complicated if they had properties on the territory of Croatia, in this case Croatian and Italian languages were also frequently used.

In case of the prenuptial agreements signed in the Viennese court the situation was less complicated. The Ladies-in-Waiting coming from Italian or Spanish territories usually signed a marital agreement written in Latin, while those who came from the Austrian Hereditary Provinces, or the Hungarian Kingdom – except for a very few examples – signed agreements written in German.

Each language had its own legal terminology referring to a legal institution existing according to the laws and customs of the country. If the same contract has been issued in more languages such as Hungarian and later on translated either to Latin, or to German it could happen that the exemplars written in different languages were referring to legal institutions with different meanings.

E.g. the Latin expression *„dos"* that used to refer in almost all other countries of Europe – based on the Roman law traditions – to the dowry was used for an absolutely different legal institution in the Hungarian territory. The Latin word *„dos"* in the Hungarian customary law meant the marital remuneration paid by the husband to his wife for the completion of her marital duties. The German equivalent to this institution was the *„Morgengabe"* but the two legal institutions, had slightly different characteristics. According to the Austrian law, *„Morgengabe"* was the gift given by the husband to the wife right after the consummation of the marriage, while *„dos"* according to the Hungarian customary law was the claim of the wife arising after the consummation of the marriage that she was entitled to get only after the end of the marriage. Sometimes Austrian sources referred to it with the Latin word *„contrados"*, having the meaning of a reward for the dowry brought by the wife to the marriage.[30] The German wording for this "*contrados"* used to be the "*Widerlag*".

The terminology used for the dowry was totally different in the Hungarian Kingdom, as in the rest of the European countries. Usually we referred to it as the *„allatura"* or *„rebus cum se allata"* meaning all the property the woman brought with

[27] ÖStA HHStA FA. Pálffy Arma I. Lad. 9. Fasc. 2. Nr. 7. – Prenuptial agreement of Christoph Erdődy and Susannah Mary Pálffy. 28 February, 1672.

[28] E.g. the case of the Esterházy widows at the beginning of the 18th century, who got their satisfaction according to the laws of the country and not according to their prenuptial agreements as result of a long dispute resolution between their husbands. MNL (Magyar Nemzeti Levéltár) OL (Országos Levéltár) P 108 Esterházy Rep. 6. Fasc. 3. Nr. 125. – Contract between marquise Anna Margaretha Desanna et Rhodi, widow of Michael Esterházy and Maria Octavia von Gilleis, widow of Joseph Esterházy and Anna Eleonor Pálffy. 21 March, 1722.

[29] *„…Népünk jellemének nem rokonszenves eme intézmény…" ["…this institution is not sympathetic tour national character…"]* György Jancsó: *A magyar házassági és házastársi öröklési jog. [The Hungarian marriage and marital inheritance law.]* Budapest, Politzer, 1901, 808. Erika Banicz quotes him in her article *Néhány gondolat a házassági vagyonjogi szerződés múltjáról és jelenéről. [Few thoughts about the past and the present of the prenuptial agreements.]* In: Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata, 37 (2010), 37-50. at 40. Csabáné Herger in her work also notes that the statement of György Jancsó cannot be considered true. Csabáné Herger: A modern magyar házassági vagyonjog kialakulása és rendszere a német jogfejlődés tükrében. *[The evolution and structure of the modern Hungarian marriage property law in the mirror of the German legal development.]* Passau, Schenk Verlag, 2017. 302-308.

[30] *„Verschreibt der Herr Bräutigam der Fräulen Brauth annoch fünffzehen tausend gulden Rheinisch dergestalt jedoch, daß diese mit der Dote und Contradote Dreißigtausend gulden Rheinisch betragende Summa […]"*ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 36. – Prenuptial agreement of Wenzel Joseph Graf von Paar and Antonia Gräfin Esterházy 16 April, 1743. The only prenuptial agreement related to the marriage of a Hungarian noble with an Italian Lady-in-Waiting written in Latin and mentioning both *dos* and *contrados*. ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 12. Nr. 88. - Prenuptial agreement of Michael Esterházy and Anna Margaretha Tizzoni. 23 May, 1694.

into the marriage. The documents written in German referred to the dowry as to *„Heiratsgut"* or *„Mitgift."*[31] In the legal practice documents written in Latin often used the word *„dos"* for the dowry based on the common European terminology, which strictly translated into Hungarian referred to a totally different legal institution. So, the word *„dos"* has been used for both institutions in the practice and in these cases only the content of the specific text can give us proper explanation.[32] It happened frequently too that documents did not name the institution at all just defined its content.[33]

Documents containing provisions for *„Morgengabe"* turned to refer to such a legal institution that used to be unknown according to the Hungarian customary law. It happened so with the so-called *„Spennadel Geld"* too. These were legal institutions used in common only by the laws of the Austrian Hereditary Provinces in the early modern times and not by the laws of Hungary. Anyway, they sometimes obliged the Hungarian nobles too in case if they promised to pay it in a marriage contract.[34]

5. Conclusion

The research of these prenuptial agreements of the nobles gives us an outstanding opportunity to examine the interference of different legal systems. Aristocrats travelling to different countries were influenced by new customs they brought home as a good practice to be followed. The marriages croscutting the royal courts of almost all Kingdoms of Europe helped the development of this influence. Even if the examined prenuptial agreements often expressed that they were made up according to the laws and customs of the country, it can be shown that foreign legal institutions also appeared in these prenuptial agreements.[35]

These marriage contracts, dowry stipulations and testaments preserved in the different Archives of Budapest and Vienna can serve as evidence to show how the Hungarian officials became part of the Viennese court's everyday life and how they experienced foreign legal institutions by marrying foreign persons.

Bibliography

Banicz Erika: *Néhány gondolat a házassági vagyonjogi szerződés múltjáról és jelenéről. [Few thoughts about the past and the present of the prenuptial agreements.]* In: Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata, 37 (2010), 37-50.

Béli, Gábor: *„Árpád-kori törvényeink [Our decrees of the Arpad-Era]"*, JURA, (6. évf.) 2000/1-2., 35-46.

Brauneder, Wilhelm: *Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte und Rechtstatsachenforschung des Spätmittelalters und der Neuzeit*, Peter Lang Verlag, Salzburg-München, 1973.

Herger, Csabáné: A modern magyar házassági vagyonjog kialakulása és rendszere a német jogfejlődés tükrében. *[The evolution and structure of the modern Hungarian marriage property law in the mirror of the German legal development.]* Passau, Schenk Verlag, 2017.

Holub, József: *„Néhány kérdés a leánynegyed köréből. [Few questions regarding the quater]"*, Értekezések a filozófiai és társadalmi tudományok köréből, Magyar Tudományos Akadémia, Budapest, 1936

Jancsó György: *A magyar házassági és házastársi öröklési jog. [The Hungarian marriage and marital inheritance law.]* Budapest, Politzer, 1901.

Keller, Katrin: *Hofdamen. Amtsträgerinnen im Wiener Hofstaat des 17. Jahrhundert*, Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 2005.

Komáromi, László: *„A bizánci hatás egyes kérdései a középkori magyar házassági jogban [Some questions of the Byzantine effect on the medieval Hungarian marital law]"* In: Iustum Aequum Salutare II. 2006/1–2.,159–160.

Kosáry, Domokos: *Művelődés a XVIII. századi Magyarországon. [Education in the 18th century Hungary]*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1983.

[31] *„[…]bringet jezo gedachte freülle Brauth ihrem Herrn Bräuthigamb[…]zu einem gewissen heyrathsguett zu benentlicher zwey taußent gulden Rhein. welche nach vollbrachter hochzeit dem landesbrauch gemäßß in Jahr undt Tag ihme herrn Bräuthigamb gegen landts bräuchiger quittung paar erleget, undt außgezahlet werden sollen;"* ÖStA HHStA FA. Pálffy Arma I. Lad. 9. Fasc. 2. Nr. 9. – Prenuptial agreement of Leopold Pálffy and Antonia Raouit von Souches, 17 June, 1708.

[32] *„Az alatt hogy az én Leánimnak is bizonyos dossok legyen, […]ki házasétási légyen minden némő jószágombol meölj tisztességes is légyen s legaláb arani ezüst mivet és köntöst, mivel aniától is marad azért efféle reá, tizen eöt ezer forint ereöt agyanak neki, s ugyan akor ezen joszágoknak jövedelméből tizezer forintot, […]s ezen fölül Laczko fiam intra anni revolutionem házassága után hugának eötven ezer forint contentatioval tartozék[…]"[My daughters in order to have a proper dos […]in case of their decent endowment they should get gold and silver pieces and clothes in the value of 15000 Hungarian florins and 10000 florins more from the incomes of my properties[…] moreover my son Laczko should give to her sister within one year of her marriage a satisfaction of 50000 florins more…]* MNL OL FA. Esterházy Rep. 4. Fasc. E. Nr. 37. - The last will of Palatine Miklós Esterházy 11 August, 1641.; *„Die uberige fünffzig taußßent gulden belanget solle herr Palatinus macht haben mit selbigen die freyle Theresia dergestalten vatterlich zu Dotiern…"*ÖStA HHStA FA. Pálffy Arma I. Lad. 9. Fasc. 2. Nr. 5. – Compromise of Paul Pálffy and Franciska Khuen 26 October, 1653. *„Verheürathet die Freüle Brauth Herrn Herrn Bräutigam titulo Dotis zwey tausend gulden Rheinisch zu seiner freyen Disposition."* - ÖStA, HHStA, OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 19. – Prenuptial agreement of Joseph Graf Ballassa de Gyarmath and Theresia Gräfin Wildenstein. 24 April, 1755.

[33] *„Elsőben: Minthogy említet Gróff Pálffy Miklós Uram az én kívánságomon kívül csak szintén proprio motu tíz ezer forintot megh nevezett jegyesemmel ad[…]"[First: the mentioned Count Nicholas Pálffy in addition to my request gives with my mentioned fiance 10000 florins for his own consideration […]]-* ÖStA HHStA FA. Pálffy Arma I. Lad. 9. Fasc. 2. Nr. 7. – Prenuptial agreement of Christoph Erdődy and Susannah Mary Pálffy. 28 February, 1672.

[34] See more Wilhelm Brauneder: *Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte und Rechtstatsachenforschung des Spätmittelalters und der Neuzeit*, Peter Lang Verlag, Salzburg-München, 1973.

[35] *„[…]nach denen Hungarischen und Selbigen Wittiben zustehenden privilegierten Rechten […]"* - ÖStA, HHStA, OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 1. Nr. 23. – Prenuptial agreement of Ludwig Ernst Batthyány and Theresia Gräfin Kinsky 16 May, 1717. or *„[…]Vermög dieses Heirats denen löbl[ichen] Hungarischen Recht und Gewohnheiten zu folge, […]"* - ÖStA, HHStA OMeA SR, Ehepakten des Hofstaates Karton 10. Nr. 28. – Prenuptial agreement of Johann Graf Pálffy and Anna Eleanor Gräfin Esterházy. 11 May, 1715.

Martí Tibor: *Oklevelek Aragóniai Beatrix hagyatékából. Magyar vonatkozású források a spanyol katonai lovagrendek iratanyagában. [Documents from the bequest of Beatrice of Aragon. Sources related to Hungary among the documentary sources of the Spanish Military Orders.*] In: Történelmi Szemle LIX. 3/(2017) 491-523.

Michael Sikora: Conflict and Consensus around German Princes' Unequal Marriages. Prince's Autonomy, Emperor's Intervention, and the Juridification of Dynastic Politics. In: Coy, Jason Philippe – Marschke, Benjamin – Sabean, David Warren (eds.): The Holy Roman Empire, Reconsidered. New York-Oxford, Bergham, 2010. 177 – 190.

Michaela Hohkamp: *Marital Affairs as a Public Matter within the Holy Roman Empire. The Case of Duke Ulrich and Duchess Sabine of Württemberg at the Beginning of the Sixteenth Century.* In: Coy, Jason Philippe – Marschke, Benjamin – Sabean, David Warren (eds.): The Holy Roman Empire, Reconsidered. New York-Oxford, Bergham, 2010. 213 – 227.

Monok, István: *A művelt arisztokrata. A magyarországi főnemesség olvasmányai a XVI-XVII. században. [The educated aristocrat. The readings of the Hungarian aristocracy in the 16-17 centuries.]*, Kossuth Kiadó, Budapest-Eger, 2012

Pálffy, Géza: *A bécsi udvar és a magyar rendek a 16. században. [The Viennese court and the Hungarian estates in the 16th century]*, Történelmi Szemle (1999) 3-4. Source: epa.oszk.hu/00600/00617/00004/tsz99_3_4_palffy_geza.htm;

Pálffy, Géza: *A Magyar Királyság és a Habsburg Monarchia a 16. században [The Hungarian Kingdom and the Habsburg Monarchy in the 16th century]*, Budapest, 2016

Pálffy, Géza: *Der Adel aus den ungarischen Ländern am Kaiserhof 1526-1612.* In: Anna Fundárková – István Fazekas (Hg.): Die Weltliche und Kirchliche Elite aus dem Königreich Böhmen und Königreich Ungarn am Wiener Kaiserhof im 16.-17. Jahrhundert. Publikationen der Ungarischen Geschichtsforschung in Wien. Bd. VIII., Wien, 2013, 37 – 76.

Péter, Katalin: *Gyermek a koraújkori Magyarországon [Children of the early modern times' Hungary],* MTA Történettudományi Intézete, Budapest, 1992.

Radvánszky, Béla: *Magyar családélet és háztartás a XVI. és XVII. században. [Hungarian family life and households in the 16th and 17th centuries]"*, MTA, Budapest, 1896

Szádeczky Lajos: *Báthory Zsigmondné Mária Krisztierna*. Bp. Athenaeum, 1883.

Theodore C. Bergstrom: *Primogeniture, Monogamy and Reproductive Success in a Stratified Society* unpublished paper, 1994. 1-28. downloaded from: https://escholarship.org/uc/item/4jq389zf Time of downloading: 2018. 01. 18.

Toma, Katalin: *Nádasdy Istvan európai tanulmányútja: a Kavalierstour alkalmazasa a magyar főuri nevelési gyakorlatban. [Stephen Nádasdy's European tour: the Cavallierstour in the education of the Hungarian aristocrats.]*, In: G. Etenyi Nora – Horn Ildiko ed.: *Idővel paloták… Magyar udvari kultúra a 16-17. században,* Balassi Kiadó, Budapest, 2005, 192-214.

Wührer, Jakob –Scheutz, Martin: *Zu Diensten Ihrer Majestät. Hofordnungen und Instruktionsbücher am frühneuzeitlichen Wiener Hof,* Quelleneditionen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Wien-München, 2011.

One Empire and Two Ways of Public Administration: The Second Level Administrative Division in Austria-Hungary*

*Máté Pétervári***

Abstract

After the fall of the Hungarian Independence War, the Habsburg monarch desired to form an empire with unified jurisdiction and public administration organization. He realized this intention during the neo-absolutism in 1853, but the administration was restored prior to 1848 according to October Diploma in the Kingdom of Hungary, in 1861.

After the Austro-Hungarian Compromise, both parts of realunion strove to modernize the state organization, thus the jurisdiction and the public administration were separated. The Act XLII of 1870 established the local executive organs in Hungary, on the basis of feudal tradition, so the counties (megyék) and the districts (járások) remained as part of public administration. Pursuant to Act 44 of 1868 (19th May 1868), the mixed district office of neo-absolutism (gemischtes Bezirksamt) was replaced by district authority (Bezirkshauptmannschaft). In my paper, I compare the public administration of these two states and these two district levels in detail in Cisleithania and Transleithania.

Keywords: *Austria-Hungary; Austro-Hungarian Empire; public administration; districts; district administrator; Bezirkshauptmannschaft; Austro-Hungarian Compromise.*

1. Introduction

After the Hungarian Revolution of 1848 and the War of Independence, Hungary lost his autonomy, and the monarch of Habsburg handled the Hungarian state as a province on the basis of „Verwirkungstheorie".[1] The emperor practiced his powers in an absolutistic manner, disregarding the Hungarian National Assembly (Országgyűlés) and Imperial Council (Reichsrat). Hungarian National Assembly was not summoned, and the Imperial Council became just a consultative organ.[2] Franz Joseph I of Austria desired to modernize the whole empire and form a unified jurisdiction and public administration organization. He realized this intention during the neo-absolutism in 1853.[3] The Hungarian and Croatian administrative and judicial organisations, which were different from the other part of the Empire, became unified with the other provinces.[4] However, the Habsburg emperor issued the October Diploma, which closed the era of neo-absolutism, and this document restored the Hungarian and Croatian public administration to the status prior to 1848.[5]

Hungary retrieved his sovereignty due to the Austro-Hungarian Compromise of 1867. Hungary was able to build a modern, Hungarian public administration, which developed again independently from the other parts of Empire.[6] Transylvania belonged to Hungary again because of the Compromise; therefore the Hungarian government needed a unified organization there as well. Croatia was again under the jurisdiction of the Kingdom of Hungary due to the Croatian-Hungarian Compromise, but

* „Supported by the UNKP-17-3 New National Excellence Program of the Ministry of Human Capacities".

** Máté Pétervári, Department of Hungarian Legal History, Faculty of Law and Political Sciences University of Szeged, Hungary.

1 „Verwirkungstheorie" means that Hungary lost the right of autonomy, because the Hungarians rebelled against their legally legitimate king. FRIEDJUNG, H., *Österreich von 1848 bis 1860*. vol. I, Stuttgart-Berlin, 1908, p. 373-374.

2 BRAUNEDER, W.,*Osztrák alkotmánytörténet napjainkig [Austrian Constitutional History Until Our Days]*. Pécs, 1994, p. 165.

3 RÉCSI, E., *Közigazgatási törvénytudomány kézikönyve [Handbook of Public Administration Law]*. vol I, Pest, 1854, p. 58-61.; SASHEGYI, O., *Az abszolutizmuskori levéltár [Archive of the Absolutism Era]*. Budapest, 1965, p. 58-62.; DEÁK, Á., *Polgári átalakulás és neoabszolutizmus*. Budapest, 2009, p. 42.

4 CEPULO, D., Modernity in Search of Tradition: The Formation of the Modern Croatian Judiciary 1848-1918. In: UZELAC, A. - VAN RHEE, C.H. (eds.), *Public and Private Justice*. Antwerpen-Oxford, 2007, p. 110.; HEKA, L., *Horvát alkotmány- és jogtörténet [Croatian Constitutional and Legal History]*. vol. II, Szeged, 2004, p. 150-152.

5 VARGA, N., The emergence of bourgeois public administration in hungarian cities (1843-1867). In: MAGOS, I. – STOIAN, M. (eds.), *European Legal Studies and Research*. vol. II, Timisoara, 2010, p. 856.; ANTAL, T., *Város és népképviselet. Az 1848:XXIII. tc. és intézményei Debrecenben (1848-1872) [Royal City and People's Representation. (1848-1872) The Case of Royal Cities in the Last Feudal National Assembly of Hungary (Passing of Act XXIII of 1848)]*. Szeged, 2011, p. 138.; CEPULO, D., Organisation und Unabhängigkeit des Gerichtswesens in Kroatien und Slawonien 1848-1918. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs,* vol. VII, Nr. 1, 2017, p. 14-15.

6 ANTAL, T., A közigazgatás és a bíráskodás újjászervezése Debrecenben 1867-ben [The Reorganisation of Public Administration and Legislation in Debrecen in 1867]. In: RADICS, K. (ed.), *A Hajdú-Bihar Megyei Levéltár Évkönyve [Annual of Hajdú-Bihar County's Archive]*. vol. XXVIII, Debrecen, 2001, p. 96.

its administrative organizations became independent, since the internal affairs, the judicial matters, the education and the religion were left to the Croatian autonomous government.[7] The status of the Military Border, which was situated between Hungary and Croatia, was problematic after the Compromise. Before the Compromise, the central government in Vienna governed this area. The Military Border was demilitarized from 1867 to 1873,[8] and the area was reannexed to Croatia in 1882.[9]

The system of the Austrian government remained unchanged after the era of neo-absolutism, but the monarch was forced to make concessions for the area of Cisleithania on the occasion of the Compromise. The liberal politicians were in majority in the Imperial Council, thus they were able to reach that Franz Joseph agreed to the transformation of the Austrian state organization on the basis of Constitutionalism.[10] Such effort did not realize in a codified constitution, but in separated laws, which named generally as the December Constitution („Dezemberverfassung").[11]

In the first part of my paper, I demonstrate how the previously unified public administration system of neo-absolutism in the two parts of the Empire had changed after the Compromise. Therefore, I compared the certain administration levels and revealed similarities and differences between the two administrative organizations, especially the districts in the both states. Furthermore, I examined, whether the characteristics of the organizations represented centralisation or self-government. Centralisation means the institution of the same sort, which is usually the body of government officers, which exercises public administration. Self-government was defined, when the citizens, who are not government officials, participate in the exercise of public administration.[12]

2. The central government in Austro-Hungarian Empire

After the Austro-Hungarian Compromise, the monarch was the head of executive power in both countries, in Hungary the Hungarian king and in Austria the Austrian emperor, but these two titles meant the same person. According to the Basic Law on the Executive (Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt, RGBl 145/1867.), the emperor exercised the executive power by the responsible ministers and the subordinate officers in the Austrian Empire.[13] Pursuant to the Act III of 1848 and the Act VII of 1867 in Hungary, the king exercised the executive power by the Hungarian ministry in accordance with the Hungarian acts and the constitution.[14] The two regulations were similar, both provided that the executive power exercised by the ministry, but the Hungarian one limited the power of the monarch, and such limitation was not included in the Austrian regulation. The King of Hungary had to take an oath in the diploma at his coronation ceremony, where he acknowledged abiding by the Hungarian acts and the customary law of Hungary. The monarch practiced his powers through the ministry in both countries because he was declared as holy, inviolable and irresponsible; therefore he was able to issue a decree with the countersignature of the minister, who bore the responsibility for this issuance.[15]

The head of central government was the Prime Minister in Hungary, whose appointment by the king influenced the majority of National Assembly. The ministers were appointed by the king on the basis of the proposal of the Prime Minister.[16] In Austria, the Emperor led the Council of Ministers, and the monarch appointed the ministers independently from the majority of the legislator. Accordingly, the Emperor played a bigger role in the Austrian central government. The Croatian government was an independent organ, and the Croatian Ban served as a head, who was appointed by the Hungarian king with the consent of the Hungarian Prime Minister.[17] The central government of the Austrian Empire and Kingdom of Hungary was connected by the common affairs (external affairs, military affairs and the defrayed finances of these).[18]

3. The middle level of public administration in Dual Monarchy

After the Compromise, the re-establishment of the public administration was one of the most important goals of the

---

[7] CEPULO, D., Building of the modern legal system in Croatia 1848-1918 in the centre-periphery perspective. In: GIARO, T. (ed.), *Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert*. Frankfurt am Main, 2006, 64-69.

[8] HEKA, L., *A magyar - horvát államközösség alkotmány- és jogtörténete [The Constitutional and Legal History of the Hungarian-Croatian Commonwealth]*. Szeged, 2004, p. 88.

[9] EREKY, I., *A magyar helyhatósági önkormányzat. Vármegyék és községek [The Hungarian Municipal Public Administration. Counties and Communities]*. vol. I, Budapest, 1910, p. 51.

[10] SOMOGYI, É., *A birodalmi centralizációtól a dualizmusig (Az osztrák-német liberálisok útja a kiegyezéshez) [Vom Zentralismus zum Dualismus (Der Weg der deutschösterreichischen Liberalen zum Ausgleich von 1867)]*. Budapest, 1976, p. 208-209.

[11] OGRIS, W., Die Doppelmonarchie Österreich-Ungarn und ihre Länder - Eine Einführung. In: MEZEY, B. - MÁTHÉ, G. (eds.), *Kroatisch-Ungarische Öffentlich-Rechtliche Verhältnisse zur Zeit der Doppelmonarchie*. Budapest, 2015, p. 15.

[12] KMETY, K., *A magyar közigazgatási jog kézikönyve [The Handbook of Hungarian Public Administration Law]*. Budapest, 1911, p. XXX-XXXI.; 29.

[13] HELLBLING, E., *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*. Wien, 1956, p. 383-384.

[14] RUSZOLY, J., *Beiträge zur neueren Verfassungsgeschichte (Ungarn und Europa)*. Budapest, 2009, p. 101.

[15] CSIZMADIA, A., *A magyar közigazgatás fejlődése a XVIII. századtól a tanácsrendszer létrejöttéig [The Development of Hungarian Public Administration from 18th Century to Establishment of Soviet System]*. Budapest, 1976, p. 97.

[16] FÉSÜS, Gy., *A magyar közigazgatási jog kézikönyve* [Handbook of the Hungarian Public Administration Law]. Budapest, 1880, p. 15.; SZENTE, Z., *Kormányzás a dualizmus korában*. Budapest, 2011, p. 261-272.

[17] CEPULO, D., Entwicklung der Regierungsinstitutionen des Königreiches Kroatien und Slawoninen von 1868-1918. In: MÁTHÉ, G. - MEZEY, B. (eds.), *Kroatisch-Ungarische Öffentlich-Rechtliche Verhältnisse zur Zeit der Doppelmonarchie*. Budapest, 2015, p. 61.

[18] CSIKY, K., *A magyar állam közigazgatási joga [Public Administration Law of the Hungarian State]*. vol. I, Budapest, 1899, p. 38-39.; CSORBA, L., Az önkényuralom kora (1849-1867) [The era of absolutism (1849-1867)]. In: GERGELY, A. (ed.), *19. századi magyar történelem, 1790-1918 [The Hungarian History of the 19th century, 1790-1918]*. Budapest, 1998, p. 340.

Hungarian central government, but it was established only with the Act XLII of 1870 (Municipality Act), due to the extraordinary amount of workload and duty of the government and the vehement political debate in this question.[19] Municipalities (törvényhatóság), which were the big cities and the counties, represented the middle level of public administration, in Hungary.[20] Such municipality exercised the right of self-government and conveyed the state government. In addition to these, they had the right to discuss questions of public interest. The right of self-government included free decision making in own affairs and the right to adopt regulation (szabályrendelet).[21] The municipality elected its own officials, determined its budget and levied taxes in order to cover the expenses.[22]

Furthermore, the municipality executed the acts and the government decrees by its own official functionary. Also, the municipality had a petition right, which constituted a legal basis to the municipality, if the government decrees were unlawful according to its opinion or impractical in the local environment, the municipality had the power to announce such decree to the ministry before the execution. Nevertheless, if the ministry maintained its decree, in spite of this petition, the municipality had to execute the decree immediately. The rights of the municipality vested in the municipal board (törvényhatósági bizottság). The half of the members of the municipal board consisted of those, who paid the highest amount of taxes and the other half were the elected representatives.[23] The head of the municipality was the Lord Lieutenant (főispán), who was appointed by the king on the advice of the Interior Minister.[24] He controlled the self-government of the municipality and defended the interests of the state administration.[25] Moreover, he controlled the work of the municipality's officers at least annually, but these officers were elected by the municipal board.[26] However, the deputy-lieutenant (alispán) led the public administration in the county, and executed the decrees of government; consequently, he served a mission of state administration.[27] In addition to these tasks, he was able to instruct the officers of the municipality, and he was also the representative of the municipality. Furthermore, he was obliged to report to the municipal board and to the Lord Lieutenant as well, concerning his work. Along with other officers of the municipality, he was elected by the municipal board.

The right of self-government and conveyance of the state administration was executed by two different organs in the Austrian Empire, in particular in the middle level of public administration contrary to the Hungarian Kingdom. After the Compromise, the public administration was reorganized by the Law 44 of 1868 (19th May 1868).[28] The middle level in Austria remained the Lands. The October Diploma provided stronger rights for the Assembly of Land (Landtag). The Land handled the affairs which were not vested in the authority of the Imperial Council. The Land had the power to rule the public administration, particularly in the following fields: free dispose of its own property and taxes, and the establishment of public health, education, artistic and scientific institutions. The Assembly of Land financed public constructions and public welfare. The Land supervised the self-governments of the communities. However, the Assembly of Land did not bear the right of correspondence, thus they could not cooperate with other Assembly of Lands.[29]

As we can see, the Austrian self-government organ had no strong rights in connection with the execution. This organ was not able to step against the decrees of central power. Moreover, several Assembly of Lands could not cooperate against the Council of Ministers, but this organs had the power to delegate deputies to the House of Deputies until 1873. The Hungarian municipalities had stronger rights in the execution, but the Austrian Land was able to retain their legislative authority after the Compromise.

---

[19] VARGA, N., A köztörvényhatósági törvény (1870:XLII. tc.) létrejötte [The birth of Public Administration Act (Act no. XLII of 1870)]. *Debreceni Jogi Műhely*, vol. IV, Nr. 4; 2007.; VARGA, N., A polgári közigazgatás kiépítése felé tett lépések a dualizmus időszakában [Steps towards the working up of a civil administration in the era of Dualism]. In: RADICS, K. (ed.), *A Hajdú-Bihar Megyei Levéltár Évkönyve [Annual of Hajdú-Bihar County's Archive]*. vol. XXXI, Debrecen, 2009, p. 229.; STIPTA, I., Parlamenti viták a területi önkormányzatról (1870-1886). [Parliamentary Debates about the Territorial Self-governments (1870-1886)]. In: MEZEY, B. (ed.), *Hatalommegosztás és jogállamiság [Delegation of Authority and Rule of Law]*. Budapest, 1998, p. 86-87.; STIPTA, I., Vármegyei reformkoncepciók az 1870. XLII. tc. képviselőházi vitájában [The Reform's Conceptions of the Counties in the Debate of the House of Representatives related to Act XLII of 1870]. *Állam és igazgatás*, vol. XXXV, Nr. 10, 1985, p. 910.

[20] In my paper, I have only examined the public administration of the counties, since the administration of the cities of the municipal ranks differ in certain elements.

[21] BONCZ, F., *A magyar közigazgatási törvénytudomány kézikönyve [Handbook of the Hungarian Public Administration Law]*. vol I, Budapest, 1876, p. 175.

[22] MÁTHÉ, G., Der ungarische Rechtstaat in der Zeit der Doppelmonarchie. In: MÁTHÉ, G. - MEZEY, B. (eds.), *Kroatisch-Ungarische Öffentlich-Rechtliche Verhältnisse zur Zeit der Doppelmonarchie*. Budapest, 2015, p. 155.

[23] SARLÓS, B., *Közigazgatás és hatalompolitika a dualizmus rendszerében [Public Administration and Politics of the Power in the System of Dual Monarchy]*. Budapest, 1976, p. 80-85.

[24] ANTAL, T., *A hundred years of public law in Hungary (1890-1990)*. Novi Sad, 2012, p. 100.

[25] STIPTA, I., A főispáni hatáskör törvényi szabályozása (1870, 1886) [The Legal Regulation of the Lord Lieutenant's Authority]. In: MÁTHÉ, G. - ZLINSZKY, J. (eds.), *Degré Alajos emlékkönyv*. Budapest, 1995, p. 300-301.

[26] VARGA, N., A főispáni tisztség bevezetése Debrecen és Szeged szabad királyi városokban a köztörvény-hatósági törvény alapján [Establishment of Lord Lieutenant on the basis of Municipality Act in Free Royal Cities of Debrecen and Szeged]. In: MEZEY, B. - MÁTHÉ, G. (eds.), *Ünnepi tanulmányok Máthé Gábor 65. születésnapja tiszteletére*. Budapest, 2006, p. 619.

[27] MÁTHÉ, G., Das institutionelle System des ungarischen Rechtsstaates und die Doppelmonarchie. In: MÁTHÉ, G. (ed.), *Die Entwicklung der Verfassung und des Rechts in Ungarn*. Budapest, 2017, p. 432.

[28] EÖTTEVÉNYI NAGY, O., *Osztrák közjog [Austrian Constitutional Law]*. Budapest, 1913, p. 170.

[29] REITER-ZATLOUKAL, I., Die Österreichisch-Ungarische Monarchie 1867-1918. In: ARBEITSGEMEINSCHAFT ÖSTERREICHISCHE RECHTSGESCHICHTE, *Rechts- und Verfassungsgeschichte*. Wien, 2014, p. 217.; BRAUNEDER, W., *Österreichische Verfassungsgeschichte. Einführung in Entwicklung und Strukturen*. Wien, 1976, p. 177-178.

Another institution, the authority of Land (Politische Landesbehörde) exercised the state administration in the middle level in Austria. Such authority was independent of the Assembly of Land, even if their territories of competences were almost the same. The authority of Land had connections with the ministers, and this organ executed the decrees of ministers. The head of the state administration in the middle level was the Chief of Land (Landeschef), who was also called Stadtholder (Statthalter) or President of Land, depending on the size of the Land. The nine biggest Lands ruled by a Stadtholder and the five smaller ones had the President of Land (Landespräsident). The Stadtholder and the President of Land differed only in their official names, but the purpose of these two institutions was the same.[30]

The functions of the Chief of Land were the representation both of the Emperor during ceremonial occasions and the Council of Ministers against the Assembly of Land and also governed the public administration in the whole territory of the Land. The authority of Land belonged to the Chief of Land, and the Land's official name, which could be the Stadtholdership (Statthalterei) or the Government of Land (Landesregierung), depended on the Chief of Land's official name. The Chief of Land was also responsible for the activity of the Land's authority, so he controlled by himself the organization of the Stadtholdership or the Government of Land.[31] The authority of Land was composed of councillors of Land, who helped the Chief of Land to execute his functions. The Chief of Land and councillors of Land were appointed by the monarch. The competence of the authority of Land was exercised by the Chief of Land and the councillors of Land collectively; the Chief of Land discharged only the duties of the president. The clerks and the officers participated in the work of the authority and were appointed by the Chief of Land. Also, the state paid the salary to these officers, which was determined by an act in the central office. Consequently, these officers of Land, who executed the state administration in the Land, depended on the king and the central power, due to the salary and the appointment.[32]

Therefore, we can declare that the Chief of Land in the Austrian Empire was the same, like the Lord Lieutenant in the Hungarian Kingdom. However, there are differences between the two states concerning the municipal board and the lower level officers. The municipal board exercised not only the self-government in Hungary, but also participated in the state administration. Moreover, this organ had stronger self-government rights, than the Assembly of Land. The municipal board elected its own officers and controlled the work of officers if it was absolutely necessary. The officers, who practiced the state administration too, were elected by the self-government organ in Hungary, while they were appointed by the monarch in Austria. The important principle in this period, the centralisation, appeared in a more powerful manner in the Austrian Empire, since the Hungarian public administration preserved his traditional characteristics in a limited way.

As I have revealed above, in the Austrian Empire, the government assured the salary to the officers, but in Hungary, under the Act XLII of 1870, the municipalities determined and provided the salary for their officers. However, it was an illusory rule in Hungary because this part of the act was not introduced, that the municipality had to establish the financial foundation from the tax of the citizens. The problem with this provision was that the counties had very irregular size and the population had different taxpaying ability, therefore the municipality needed the state support.[33] If this provision would have entered into force, the majority of the counties would be unable to reserve their organization. However, the central government did not want to unify the size of the counties,[34] because they intended to maintain the tradition and it could lead to uncertainty regarding the political majority in certain part of Hungary, and also nationalities would be able to participate more effectively in the administration of the state.[35] It was a crucial question back to date since the native Hungarian speaker population was in minority compared to the total population in the Kingdom of Hungary.

4. The second level administrative division after the Austro-Hungarian Compromise

The second level administration was exercised by the districts in both states. In Hungary, the territory of the county divided into districts (járás), which was headed by the district administrator (szolgabíró),[36] who supervised the communities of his district. Also, he executed the acts, the decrees and the statutes of the municipality in the communities. His superior was the deputy-lieutenant, who had to power to instruct him. Moreover, the district administrator was the delegate of the dis-

[30] ULBRICH, J., *Lehrbuch des oesterreichischen Staatsrechts.* Wien, 1883. p. 162.

[31] ULBRICH, J., *Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechtes, mit Berücksichtigung der Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes*. Prag-Leipzig, 1884. p. 32-33.

[32] HELLBLING, E., Die Landesverwaltung in Cisleithanien. In: WANDRUSZKA, A. - URBANITSCH, P. (eds.), *Die Habsburgermonarchie 1848 - 1918. Verwaltung und Rechtswesen*. vol. II, Wien, 1975, p. 214-218.; LEHNER, O., *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte mit Grundzügen der Wirtschafts- und Sozialgeschichte*. Linz, 1992, p. 220-221.

[33] STIPTA, I., *Törekvések a vármegyék polgári átalakítására [Ambitions to the Bourgeois Transformation of the Counties]*. Budapest, 1995, p. 157.

[34] STIPTA, I., *Die vertikale Gewaltentrennung (Verfassungs- und rechtsgeschichtliche Studien)*. Budapest, 2005, p. 232.

[35] CSERNUS-LUKÁCS, Sz., Utak a nemzetiségi törvénycikkig [Ways Until the Nationality Act]. In: KERESZTES, G. (ed.), *Tavaszi Szél 2016/Spring Wind 2016.* vol. IV, Budapest, 2016, p. 363-366.; CSERNUS-LUKÁCS, Sz., Felírási javaslat a nemzetiségi egyenjogúság tárgyában, 1862 [Proposal of Petition relating to Equality of Nationality, 1862]. *Századok,* vol. CLI, Nr. 1, 2017, p. 189-191.; STIPTA, I., A törvényhatóságok egységesítésére irányuló reformmunkálatok 1873-1874-ben [Reforms Directed to Unification of Municipalities in 1873-1874]. *Acta iuvenum. Sectio iuridica et politica,* vol. I, 1976, p. 129.

[36] The English terminology of this position is questionable, because it was formed in the 13th century and was transformed radically by the Municipality Act. Latin name was iudex nobilium, and „Stuhlrichter" in German. I found equivalent the „district administrator" because this expresses that it exercised public administration authority after 1870.

trict, so he had to have a stamp, which showed the name of the district. As an officer of the municipality, he and his organ were inferior to the deputy-lieutenant. The district administrator was elected by the municipal board and was independent of the central power. Pursuant to the Act XLII of 1870, the district administrator clerk (szolgabírói írnok), who was appointed by the district administrator, assisted to the work of the district administrator. However, a part of the municipality considered this solution unsatisfactory; therefore they established a new position, the district administrator assistant (szolgabírósegéd) with the consent of the Ministry of Interior.[37] Such position was more accepted and favourable than the district administrator clerk. The counties disputed how the district administrator won his position. They wanted to achieve, that the municipal board would have the power to elect the district administrator assistant,[38] but the Ministry of Interior dismissed this proposal, because, according to its opinion, the Lord Lieutenant had the power to appoint this official.[39] The district administrator assistant executed his duties on behalf of the district administrator and under his responsibility. The other district officials (district doctor, district auditor, district guardian) were independent of the district administrator since they were responsible to central officers for their actions.

The lowest central administrative level in the area of the Austrian Empire, the lands were also divided into districts, just like in Hungary. These districts were governed by the district authority (Bezirkshauptmannschaft), which was headed by the district commissioner (Bezirkshauptmann). The Minister of the Interior was entitled to appoint him,[40] who was responsible to the Chief of Land for his activities. The salary for this position was also determined by the law and the central government, and it was paid by the state. At this level, a state official was accountable for maintaining the connection with the state administration. The other officers, who work at the district authority (Bezirkscommissär, Bezirkssecretär) were appointed by the Chief of Land. They were responsible to the district commissioner for their activities.[41]

5. The comparison of district level in detail[42]

After the Compromise, the Basic Law on the Judicature (Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, RGBl 144/1867.) in the Austrian Empire,[43] and the Act IV of 1869 in the Kingdom of Hungary separated the jurisdiction and the public administration on all levels.[44] The Hungarian Act formulated by Károly Csemegi as under-secretary of the Ministry of Justice.[45] The district level of administration was established as independent from the judicial organization in both states.

The territories of the districts were formed by the general assemblies of the counties (vármegyei közgyűlés) with the accord of the Ministry of the Interior, in the Kingdom of Hungary.[46] The provisions of the Municipality Act provided that the general assemblies must establish the districts considering the election districts of the country (országos választókerület). The election districts were organized by the general assemblies under Act V of 1848 (Voting Act), too. The legislator established a legal ground to the counties with the intention to determine the districts' territory divisions since the size of the election of districts were fixed in 30000 inhabitants, after a short parliamentary debate.[47]

The archive materials, which I have examined, proved the fact that in this case, the majority of the counties acted contrary to the provisions of the Act. The municipalities refused to pay attention to the election districts because they believed that the organization, which is suitable for the voting, was

[37] National Archives of Hungary (hereinafter abbreviated: MNL) Documents of the Interior of Ministry (BM) K150 117. bundle 16986/1871.-Liptó County; 17731Sz/1871.-Arad County; 21161/1871.-Békés County; 21799/1871.-Bars County; 20826/1871.-Sáros County; 118. b. 23816/1871.-Gömör és Kis-Hont County; 22336/1871.-Veszprém County

[38] MNL BM K150 117. 17731Sz/1871.-Arad County; 118. 33141/1871.; 31986/1871.-Hont County

[39] MNL BM K150 117. 30834/1871.

[40] 44. Gesetz vom 19. Mai 1868, über die Einrichtung der politischen Verwaltungsbehörden (RGBl 1868. p. 78.)

[41] 44. Gesetz vom 19. Mai 1868, über die Einrichtung der politischen Verwaltungsbehörden (RGBl 1868. p. 78-81.)

[42] I examined the archive materials of the following Hungarian counties in this paper: MNL BM K150 117. 17731/1871.; 17731Sz/1871.; 32702/1871.-Arad County; 20171/1871.-Aranyosszék; 21799/1871.; 28287/1871.-Bars County; 21161/1871.; 31913/1871.-Békés County; 17803/1871.-Csanád County; 21068/1871.; 27282/1871.-Csongrád County; 21272/1871.; 21265/1871.-Doboka County; 17808/1871.; 27079/1871.-Fejér County; 22026/1871.; 34430/1871.-Felső-Fehér County; 21800/1871.; 29328/1871.-Region of Fogaras; 22226/1871.-Krassó County; 20826/1871.; 27062/1871.-Sáros County; 21797/1871.-Szepes County; 21949/1871.-Temes County; 20991/1871.; 28525/1871.-Trencsén County; 217981/1871.; 31267/1871.-Zala County; 118. b. 23346/1871.; 31726/1871.-Alsó-Fehér County; 22592/1871.; 27001/1871.-Bereg County; 23816/1871.; 32051/1871.-Gömör és Kis-Hont County; 28726/1871.; 31986/1871.; 33141/1871.-Hont County; 23336/1871.-Hajdú Circle; 22499/1871.-Region of Kővár; 24696/1871-Nagy-Kikinda Circle; 26616/1871.-Pozsony County; 28391/1871.; 32644/1871.-Szabolcs County; 22336/1871.; 30172/1871.-Veszprém County

[43] BRAUNEDER, W., Geschichte der Struktur der allgemeinen Verwaltung in Österreich. In: BUNDESKANZLERAMT (ed.), *Die öffentliche Verwaltung in Österreich*. Wien, 1992, p. 52.

[44] MÁTHÉ, G., *A magyar burzsoá igazságszolgáltatási szervezet kialakulása 1867-1875 [The Development of the Hungarian Bourgeois Jurisdictional Organization 1867-1875].* Budapest, 1982, p. 36.; STIPTA, I., *A magyar bírósági rendszer története [The History of the Hungarian Judicial Organization]*. Debrecen, 1998, p. 122.

[45] He was one of the best lawyer in his period, and he made the famous Hungarian Criminal Code in 1878. EDVI I., *Csemegi Károly élete és kora [Life and Age of Károly Csemegi]*. In: Edvi, I. K. - Gyomai, Zs. (eds.), Csemegi Károly művei [Works of Károly Csemegi]. vol. I, Budapest, 1904, p. VIII.; XVI.

[46] STIPTA, I., Intézménytörténeti adalékok az 1870:XLII. tc. végrehajtásához [Contribution of the Insitution's History to the Execution of the Act XLII of 1870]. In: TÓTH, K. (ed.), *Emlékkönyv Dr. Cséka Ervin egyetemi tanár születésének 70. és oktatói munkásságának 25. évfordulójára*. Szeged, 1992, p. 481-494.

[47] RUSZOLY, J., Az országgyűlési népképviselet bevezetése Magyarországon (Az 1848: V. tc. létrejötte) [Establishment of the National Assembly's Popular Representation in Hungary (Creation of the Act V of 1848)]. In: FAZEKAS, Cs. (ed.), Társadalomtörténeti tanulmányok. Miskolc, 1996, p. 291-293.

impractical to discharge the duties of administration.[48] The counties argument was that the election districts resorted just one time in three years on the occasion of the election, but the public administration required a regular and daily connection between the population and the district officers. The municipalities divided the territory typically on the basis of natural endowments and district courts. It happened due to the irregular district organization. In the counties, which I explored, the biggest district was the Békés District with 52 159 inhabitants, but the smallest district was the Peselnek District with 5450 inhabitants.[49]

The sizes of districts were regulated by a decree of Minister of Interior in the Austrian Empire. However, we cannot declare that the sizes of the districts were more unified here than they were in the Kingdom of Hungary. The Cilli District (Herzhogthum Steiermark) had 116114 inhabitants and Lilienfeld District (Erzherzhogthum Oesterreich unter der Enns) stood with the population of only 21538 inhabitants.[50] The work of Karl Gutkas determined the average territorial scope of the district authority in the Austrian Empire: 1000 km^2, divided into three district courts, and ninety communities.[51] As an explanation, we can suggest that the territories of the Lands were very different, but the sizes of the districts were varied within a Land.

The next interesting issue is the relationship between the district court and administrative district in the two states. In the Kingdom of Hungary, the territory of the administrative district was determined independently by the municipality and the district court's territorial division was articulated by the Ministry of Justice. In case of public administration, the interests at the local level could prevail, while the local organization of the judiciary was based on a centralized approach. Even so, more counties tried to adjust their administration organization to the seats of the district courts.[52] In case of the district courts, the county borders were ignored, and such ignorance opened an opportunity to establish a more uniform organization, than the administrative districts. The territorial extent of district courts was typically bigger than the administrative districts in Hungary.

The decision to build both governmental organizations was in the hands of the government in the Austrian Empire, so the two divisions were coordinated by each other. The district authorities were established by the merge of 2-3 district offices of the neo-absolutist era.[53] The seats of the district courts remained the centers of the former district offices.[54] Also, it is interesting that the territories of district courts were smaller in the Austrian Empire than the administrative divisions.

The Act 42 of 1870 did not define the seats of the districts in Hungary. It provided only, that the external officers have to live in the area of the district.[55] For this reason, the majority of the district did not even establish their center during the implementation of the Act. As an exception, the counties of Csongrád, Pozsony and Békés, the region of Fogaras and the Nagy-Kikinda Circle set up the centers of their districts.[56] However, the decree laid down the seats of district authorities in the Austrian Empire, which bore the same name as the territorial units.[57]

Both public administration systems showed expressive similarities concerning the regulation of the relationship between the big cities and the districts. The cities of the municipal ranks (törvényhatósági jogú város) were independent municipalities in Hungary, thus these cities were not part of the counties. The cities with regulated board (rendezett tanácsú város), which had typically smaller population, than the cities of the municipal ranks, were subordinated to the authorities of the counties, but these towns functioned as independent districts; therefore they did not establish district divisions. The statutory cities (Staturstadt) were isolated from the districts in the Austrian Empire.[58] The crucial question, which dealt with the determination of the districts' area, was whether which organ had the right to change the area of a district. Such right fell within the competence of the Ministry of the Interior in the Austrian Empire.[59] However, in

[48] MNL BM K150 117. 28525/1871.-Trencsén County; 22226/1871.-Krassó County; 21799/1871.-Bars County

[49] MNL BM K150 117. 21161/1871.; 22026/1871.

[50] 101. Verordnung des Ministers des Innern vom 10. Juli 1868, die Dürchführung des Gestzes vom 19. Mai 1868 – Böhmen, Dalmatien, Österreich unter und ob der Enns, Steiermark, Kärnthen, Bukowina, Mähren, Schlesien, Tirol und Vorarlberg, Istrien, Görz und Gradiska (RGBl 1868. 287-305.)

[51] GUTKAS, K., Geschichte der regionalen Verwaltung in Österreich. In: GUTKAS, K. - DEMMELBAUER, J. (eds.), *Die Bezirkshauptmannschaft gestern und heute*. Wien, 1994, p. 19.

[52] MNL BM K150 117. 21161/1871.-Békés County; 118. 23816/1871.-Gömör és Kis-Hont County; 26616/1871.-Pozsony County; 22592/1871.-Bereg County; 22336/1871.-Veszprém County

[53] REITER-ZATLOUKAL, I., Die Österreichisch-Ungarische Monarchie 1867-1918. In: ARBEITSGEMEINSCHAFT ÖSTERREICHISCHE RECHTSGESCHICHTE, *Rechts- und Verfassungsgeschichte*. Wien, 2014, p. 217.

[54] PAPP, L., A rendes bírósági szervezet Magyarországon 1849-1861 között [The Changes of Judicial System in Hungary Between 1849-1861]. *Acta Universitatis Szegediensis. Forum. Acta Juridica et Politica,* vol. IV, Nr. 1, 2014, p. 165-166.; STUNDNER, F., Zwanzig Jahre Verwaltungsaufbau - Die Entstehung der Bezirkshauptmannschaften (1848-1868). In: GRÜNDLER, J. (ed.), *100 Jahre Bezirkshauptmannschaften in Österreich*. Wien, 1970, p. 26-27.

[55] MAGYARY, Z., *Magyar közigazgatás [Hungarian Public Administration].* Budapest, 1942, p. 296.

[56] MNL BM K150 117. 21068/1871.; 27282/1871; 21161/1871.; 21800/1871.; 118. 26616/1871; 24696/1871

[57] 101. Verordnung des Ministers des Innern vom 10. Juli 1868, die Dürchführung des Gestzes vom 19. Mai 1868 – Böhmen, Dalmatien, Österreich unter und ob der Enns, Steiermark, Kärnthen, Bukowina, Mähren, Schlesien, Tirol und Vorarlberg, Istrien, Görz und Gradiska (RGBl 1868. 287-305.)

[58] KLABOUCH, J., Die Lokalverwaltung in Cisleithanien. In: WANDRUSZKA, A. - URBANITSCH, P. (eds.), *Die Habsburgermonarchie 1848 - 1918. Verwaltung und Rechtswesen*. vol. II, Wien, 1975, p. 289.

[59] 179. Verordnung des Ministers des Innern vom 12. December 1869, betreffend mehrere Aenderungen in der territorialen Abgränzung der Bezirkshauptmannschaften in dem Herzogthume Bukowina (RGBl 1869. p. 625-626.)

Hungary, the municipal board had the power to decide such issue, and this decision had to be approved by the Ministry of the Interior.[60]

The second level administrative division was totally different in both states, but their names were the same. In Austria, the district represented the level of state administration, but in Hungary, the district was an organ of municipality. This approach was very interesting since the state's will was manifested by an organ of self-government. The comparison of the districts' characteristics revealed clearly that the Austrian districts based upon dominant the principle of centralization. One of the most important aims was the unification of the administration system in this period.[61] The self-government and the centralisation did not show any difference in connection with this principle because the districts of both states were divergent in term of size. One reason for this could be that the natural and geographical environment served as the most important factor; therefore it was not so significant, which organ had the right to determine the district's territory. However, the centralisation was very effective in the appointment of the seats of districts and harmonizing it with the districts courts in the Austrian Empire.

6. Summary

If we compare the public administration of the Austro-Hungarian Monarchy's two states, we can reveal, that the two systems followed completely different principles. The Austrian public administration was dominated by the centralisation, and the Hungarian public administration was organised by the principle of self-government. Such approach might sound strange and surprising, because Hungary was a unitarian state and the counties were not independent of the central power, and the Austrian state was an empire of independent lands, for example, the Austrian half of the Empire was officially called „The Kingdoms and Lands Represented in the Imperial Council" after the Compromise. This name shows that this was not a unified state. In spite of this fact, the lands had weak rights in the execution. Therefore, we must explore the reasons for the different principles in the history. The Emperor of Austria was able to fight effectively against the Estates in the lands of Austria, but the Hungarian Estates were stronger and the Hungarian King had to agree with them; therefore the King could not build a real absolutist system in Hungary. Consequently, the self-government principle was always present in the Hungarian tradition, but the Lands of Austria lost their right to self-government 100 years earlier.

[60] MNL BM K150 153. 23562/1872.

[61] RÉCSI, E., Közigazgatási törvénytudomány kézikönyve [Handbook of Public Administration Law]. vol I, Pest, 1854, p. 21-22.

Lawyers, Civil Law Notaries vs. Municipal Scriveners. A Particularity of Hungarian Legal History: the Private Activities of Scriveners

Gábor Rokolya *

Abstract

Following the Austro-Hungarian Compromise legislation separated the justice system from public administration, however the regulation on the private activities of municipal scriveners remained unchanged. Lawyers and notaries requested the elimination of such activities from the government with no avail. The Bill on mandatory formalities of instruments and later on hedge writing attempted to restrict the activities of municipal scriveners regarding the preparation of instruments and filings, but it also failed to succeed. Thus, such anachronism prevailed throughout this era of late modern history ('the Civil Era') of Hungary, namely that a public authority was also involved in jurisdictional matters.

Keywords: *municipial scriveners; lawyers; civil law notaries; private activity; mandatory formalities of instruments; legal profession; administrative profession; instrument; bill; hedge writing.*

1. The regulation of the private activities of municipal scriveners

Following the Austro-Hungarian Compromise, the first step of the jurisdictional reform associated with the minister of Justice, Boldizsár Horvát, was the consistent separation of public administration from the judicial system. Enactment IV of 1869 implemented this principle at the county level regarding administration and the courts, however, conditions of the Reform Era remained at the level of municipalities. Enactment IX of 1836 provided for the rules on the election of municipal scriveners, but without regulating their sphere of competence. According to László Alsó's controversial standpoint, municipal scriveners had already been entitled to pursue private activities, namely drawing up instruments for the inhabitants of the municipalities.[1] However, he could not support such fact by legislation, only by invoking contracts concluded with particular scriveners. Initially, it was enactment XVIII of 1871 which regulated the status and remuneration of scriveners, but it again said nothing on their private activities.

In the third quarter of the 19th century the private activities of scriveners started to become extensive, that is their practice of drawing up instruments. It is from this time that lawyers and notaries were opposed to municipal scriveners as it is apparent from legal literature. The battle between the two legal professions on the one side, and an administrative profession on the other was ongoing until the middle of the 20th century; the issue at hand was who is to draft the everyday contracts of villagers. Municipal scriveners were in a favourable position all along, as they enjoyed the support of the central government. This is the reason why they were in charge of drawing up ninety per cent of contracts that had to be filed with the land registry, whilst lawyers and notaries had to share the remaining ten per cent.[2]

The scope of the municipal scriveners' private activities, and their becoming professional may be illustrated by István Makay's work on the practice of private activities at the beginning of the 20th century. The author explained that the reason for writing such a book was that no templates were available for municipal scriveners in works specialised in administrative matters, thus his aim was to enable a more professional pursuit of these activities. Furthermore, he intended to help by providing templates for matters involving the cadastral register of municipalities. Thus his templates were divided into two sets: one for instruments required to be registered in the land registry, and

* Gábor Rokolya, PhD, Notary Public Office, Budapest, Hungary.

1 'It is therefore apparent from the debates of both Houses that scriveners had already three major areas of duties according to the laws of the country in 1836. They had to manage the administrative matters of the municipalities, they were involved in the enforcement of orders by the counties (public order), provided for accommodation of and alimentation for soldiers, (taxation, etc.), finally they performed so called duties for landlords (accounting, etc.), and provided defence in all kinds of cases of the people. Namely, this would include the scrivener's private activities that were pursued regarding the affairs of the people.' In: László Alsó: a községjegyző jogállása (The Legal Status of the Municipal Scrivener) Budapest, 1925. Published by Magyar Közigazgatás, Pallas printing house, p. 15.

2 "Lately, our registrar in the land registry office has been greatly upset and has remarked the following: 'What about the lawyers? – he asked – Today we have received 27 filings to be recorded, two of which have been countersigned by a lawyer, 25 have been filed by municipal scriveners or unknown hedge writers.' " In: Ferenc Avarfy: Községi jegyzők és közjegyzők (Municipal Scriveners and civil law notaries) A Jog, 1904. issue 14, pp. 110-111.

one for contracts, which did not need to be recorded in a public register.[3]

At the turn of the century, the Ministry of the Interior issued its circular decree No. 126.000/1902. B.M., whose Annex 2 set out the administrative rules for scriveners and notaries. This regulation touched on the issue of private activities as well, stating that they are permitted to be pursued by municipal scriveners as long as they do not hinder the carrying out of their official duties. The undertaken assignments had to be recorded in a book, where the fee charged for such activities had to be indicated, as well as a designation of the case. In case of malpractice, it was the scriveners who were personally liable not the State. Fees to be charged had to be regulated by the counties. Moreover, the decree established conflict of interest in cases where the scrivener at issue had to make decisions and act in his official capacity at the same time. The violation of these rules was deemed as a disciplinary offence.[4]

The interpretation of the decree, however, was ambiguous, thus the rules were further specified in another circular decree, stating that employees of the administration generally may not pursue private activities. This was the privilege of those clerks only who were specifically authorised to do so by the decree. Thus municipal scriveners were entitled to carry out private activities pursuant to a decree issued by the Minister of the Interior in 1902. Circular Decree No. 47.300/1904. B.M. was issued to facilitate the creation of tariff regulations by the counties, as certain counties failed to distinguish clearly between the official and private activities of scriveners. Consequently, municipal scriveners charged a fee for activities, which they were supposed to perform free of charge ex officio.[5]

After World War I the fees charged for private activities were once again regulated. In general this meant a 100-150% increase of the charges as opposed to the fees before World War I. During World War II the county regulations before 1918 were applicable regarding the regained territories. In 1943 the fees for the private activities of municipal scriveners were regulated again in such a manner that the minister prescribed the highest charges. The private activities of municipal scriveners survived even the World War II. They were only eliminated in 1952 after changes in the system took place. The clerks of the municipal executive committees could provide free legal aid for the parties, or could refer them to the lawyers' collectives.[6]

2. Lawyers' battles to have the private activities of municipal scriveners eliminated

Since the 1870 s already, after the lawyers had organised themselves, articles were published written by lawyers, which drew attention to the activities of municipal scriveners relating to drafting instruments. The underlying reason for the appearance of the private activities of municipal scriveners according to Károly Bors was that by the spread of the scrivener positions and the professional examination requirement for scriveners, their drafting of filings and instruments became even more regular. Enactments XX and XXI of 1877 relating to guardianship and conservatorship matters, as well as to some minor civil actions enabled scriveners to draw up various documents. In the author's view the scriveners took advantage of this opportunity and acted beyond their powers, committing hedge writing actually.[7]

Antal Tolnai, a lawyer in Paks, had a different view on this, namely that municipal scriveners may proceed in non-contentious matters. However, he would have prohibited them to draw up filings for litigants, as he considered this as a form of hedge writing.[8] He regarded the activities of municipal scriveners as supplementing those of civil law notaries. In his opinion, it is favourable if the affairs of villagers are managed by municipal scriveners, but more important contracts are drawn up by notaries. Thus he would have conferred some notarial competence on municipal scriveners. In addition, he said that instruments drafted by scriveners seated within the territorial jurisdiction of a district court should be directly enforceable, while on the grounds of documents made by municipal scriveners order for payment procedures should be initiated. In elaborating his concept, he reached the point where he would have transformed the

[3] Regarding former literature on legal history, Andor Csizmadia was partly dealing with this topic in a study entitled: A községi jegyző jogállása és magánmunkálatainak értékelése a polgári korban (The Legal Status and an Assessment of the Private Activities of Municipal Scriveners in the Civil Era /1867-1944/), which completely disregarded the civil law notary perspective. In: Ferenc Benedek – János Szita (Ed.): Jogtörténeti értekezések 6. Budapest, 1986. Tankönyvkiadó pp. 81-95, István Makay: Gyakorlati útmutató a községi jegyzőknek megengedett magánmunkálatok teljesítéséhez (A Practical Guide to the Private Activities Permitted to be Carried Out by Municipal Scriveners) Budapest, 1900. Hornyánszky printing house, p. 194.

[4] Circular Decree No. 126.000/1902. B.M. on the issuance of administrative rules, Administrative Rules No. 2 for municipal scriveners and circuit scriveners, in: Belügyi Közlöny 1902. issue 49, pp. 29-32.

[5] Circular Decree No 38.196/1903. B.M. on the prohibition of private activities by administrative employees, in: Belügyi Közlöny 1903. issue 28, p. 303 and Circular Decree No. 47.300/1904. B.M. on county regulation of the private activities by scriveners, in: Belügyi Közlöny 1904. issue 22, pp. 228-235.

[6] Decree No. 7,380/1920 B.M. on the raising of fees for the private activities of (circuit) scriveners, in: Belügyi Közlöny 1920. issue 9, pp. 313-314, Decree No. 116,400/1941 B. M. on the summary of the rules and guidelines for the budget of the municipalities, in: Belügyi Közlöny 1941. issue 20, pp. 923-926, Decree No. 54,200/1943 B.M. on the fees set out in the tariff regulations for the private activities of municipal scriveners and circuit scriveners, in: Belügyi Közlöny 1943. issue 46, p. 1986, No. 17-241/1952 B.M. on settling accounts for private activities, in: Belügyi Közlöny 1952. issue 45, p. 727.

[7] Károly Bors: Hedge Writing In: Jogtudományi Közlöny 1879. issue 5, pp. 39-40.

[8] 'It is the scrivener who is the most suitable as he knows all about the local situation, and as the most easily available legal professional offering the most affordable services to the inhabitants of a municipality in the area of sale and purchase agreements regarding real property and movable assets as well, or exchange contracts, loan and mortgage agreements, lease and leasehold contracts concerning real property adjoining the municipality, simple employment contracts and contracts for services, and finally drawing up clear allocation agreements for the heirs in a succession case.' Antal Tolnai A községi jegyzők és a zugírászat (Municipal Scriveners and Hedge Writing) in: Jogtudományi Közlöny 1879. issue 34, p. 271.

notarial institution into an institution of municipal scriveners.[9] However, Tolnai's concept was not supported, neither by the ministry of justice nor by the three legal branches concerned.

Lawyers' sporadic reactions to the private activities of municipal scriveners abruptly intensified at the turn of the 20th century. Enactment XX of 1901 on the simplification of the administration empowered the minister of the interior to regulate issues related to certain local administrative bodies by decree. This is how the formerly mentioned Decree No. 126.000/1902. BM on the regulation of the private activities of municipal scriveners was issued, which enhanced the reactions of the Bar. The national conference of the Bar submitted a petition to the minister of justice requesting that the central government should resolve this matter instead of the county regulations. The lawyers were on the opinion that even though municipal scriveners were compelled to pursue private activities due to their low salaries, their activities caused a number of problems regarding cadastral registrations and the drawing up of contracts. There was controversy among lawyers whether municipal scriveners should pursue any private activities in the future or not, and if allowed to do so, what would their scope be. However, they all agreed in that municipal scriveners could be engaged in legal representation, whether it would involve contentious or non-contentious civil cases, including the drafting of filings related to cadastral registration or criminal matters.[10]

Arnold Balog, a lawyer, supported the view of the bar associations, who drew conclusions in his article examining the provisions of the county regulations on municipal scriveners. He found that particular county regulations gave a very wide leeway in the drafting of instruments and filings. In his view a general ban on private activities should be consistently enforced in administrative matters, and the scope of activities of municipal scriveners should be regulated in an itemized manner. In addition, the extent of fees charged and the rules governing their collection should also be paid attention to. He expressed his concern regarding that municipal judges who were dependent on the scrivener in charge would collect the fees still due and payable to such scrivener.[11]

In 1904 the government regulated the remuneration of municipal scriveners, circuit scriveners and assistant scriveners. This law also specified the private activities. The National Law Society discussed the issue of the private activities of municipal scriveners again in 1912, and decided that the government should increase the scriveners' salaries and eliminate the private activities.[12] This request was not taken into consideration, as in the Municipal Official Journal municipal scriveners were already discussing further developing their private activities by setting up a common Legal Department in Budapest. Its role would have been to represent country scriveners having business in the capital. Members of the Bar considered this as a risk, and stressed that lawyers should not be involved in the work of the municipal body set up in the capital.[13]

During the Great Depression the parliamentary debate of the Bill on the system of public administration again became prominent. The Budapest Bar argued in its submission presented to the House of Representatives that the best solution would be that by the abolition of the private activities of municipal scriveners, positions for municipal counsels should be organised, which would offer the opportunity for the decentralization of the country lawyers.[14]

The draft legislative proposal on the mandatory formalities of instruments marked a fundamental change in the fight between the two legal branches, the judicial profession and the administrative profession. The House of Representatives ordered the minister of justice to elaborate on this draft as early as 1925. The concept of the ministry headed by the minister, Tibor Zsitvay, was against the interests of the Bar. Firstly, they were on the opinion that it "excessively" enlarged the scope of those instruments which had to be drawn up by a civil law notary, and secondly by the recognition of the private activities of municipal scriveners, they were raised to the level of the services rendered by lawyers and notaries.[15]

József Östör analysed the so called third proposal of Zsitvay examining whether this Bill complies with the general interests of the justice system irrespective of those of the different legal professional branches. He concluded that the most important interest is the prevention of disputes resulting in a court case, and the resolution of any dispute as soon as possible. He remarked that simply requiring a written form for more transactions does not in itself prevent litigation. Moreover, he objected that the instruments have to be read out by not only the notary, but also by a lawyer and a municipal scrivener, and

[9] Antal Tolnai: A községi jegyzők okmányozása és perenkivül beadványozása (The documents and Filings in Non-Contentious Cases Made by Municipal Scriveners) in: Jogtudományi Közlöny 1879. issue 51. pp. 405-406, issue 52, pp. 410-411.

[10] Az országos ügyvédi értekezlet felterjesztése a m. kir. igazságügyi miniszterhez a községi jegyzők magánmunkálatainak szabályozása kérdésében (The Submission of the National Conference of Lawyers to the Hungarian Royal Minister of Justice on the Regulation of the Private Activities of Municipal Scriveners.) in: Ügyvédi Kamarai Közlöny 1904. issue 5, pp. 116-119.

[11] Arnold Balogh: A községi jegyzők magánmunkálatairól (On the Private Activities of Municipal Scriveners) in: Ügyvédek Lapja 1904. issue 7, pp. 3-5, issue 8, pp. 2-4.

[12] 'The honourable scriveners will also acknowledge the absurdity of the fact that a civil servant is compelled to take on a second job in a country under the rule of law if he doesn't want to live in poverty. The Hungarian Bar is well aware of their duty that if they want to eliminate the private activities of scriveners, then such honourable scriveners must be ensured to receive a remuneration adequate to their qualification, position and work to provide them with a decent living.' Hírek Az országos ügyvéd szövetség a jegyzői magánmunkálatok megszüntetése végett… (News. The National Law Society on the abolition of the private activities of scriveners) in: Ügyvédek Lapja 1912. issue 31, p. 4.

[13] G.e.: A községi jegyzők magánmunkálatai (The Private Activities of Municipal Scriveners) in: Ügyvédek Lapja 1913. issue 48, p. 2.

[14] A községi jegyzők magánmunkái Részlet a Budapesti Ügyvédi Kamarának a Képviselő-házhoz intézett feliratából (The Private Activities of Municipal Scriveners. Excerpt from an Opinion of the Budapest Bar Addressed to the Upper-House) in: Jogtudományi Közlöny 1929. issue 5, p. 46.

[15] Miksa Teller: Törvényjavaslat az okirati kényszerről (The Bill on the Mandatory Formalities of Instruments) in. Jogtudományi Közlöny 1929. issue 21, pp. 197-198.

that parties have to be warned about deficiencies and potential consequences. In his view, this increased the liability of the legal professional drawing up the instrument to an undesirable extent.[16] However, he agreed on restricting the private activities of municipal scriveners.

In the 1930 s there was a great rise in the members of the Hungarian Bar, therefore they tried to find several solutions how to ensure the livelihood of so many lawyers. This was the reason why it was so important for the lawyers to have the private activities of the municipal scriveners prohibited. The National Law Society demanded the central government to allow retired civil servants practise as lawyers only if they renounced their pensions. However, the prohibition of the private activities of scriveners would have required the increase of the scriveners' salaries. If the demands of the lawyers were met, the financial position of both the municipal scriveners and lawyers would also improve.[17]

In 1936 the National Law Society discussed the issue of the mandatory formalities of instruments again at the 6th National Lawyers' Conference. Roman Komarnicki pointed out in his presentation that the issue of the mandatory formalities of instruments could not be solved since 1913. In his view, former proposals were wrong in attempting to enlarge the scope of the types of cases requiring a public instrument. The lawyers considered this as inexpedient and unnecessary, as according to their view an authentic instrument is only necessary to protect creditors or if it was reasonable for the sake of public interest. However, by excluding the municipal scriveners, only lawyers or notaries were entitled to draw up instruments. The conference when discussing this issue adopted a proposal, which supported the introduction of the mandatory formalities of instruments as at the same time it would have eliminated the private activities of municipal scriveners.[18]

The elimination of the private activities of municipal scriveners finally only took place in 1952 as mentioned above. The lawyers in a new form, grouped in collectives solicited clients meeting the "workers' demands" within the changed societal circumstances.[19]

3. The civil notariat opposing the private activities of municipal scriveners

The royal notaries battled against the private activities of the municipal scriveners from the outset. Municipal scriveners drew up instruments which clearly fell within the exclusive competence of notaries. They did this by failing to indicate that the contracting parties were spouses only giving the names at birth of the parties, and naming such marriage contracts simply "Delivery Agreement". This had, however, a very unfavourable effect in terms of taxation, namely instead of the low rates applicable to close relatives higher rates were imposed.[20]

The regulation of the private activities of municipal scriveners compelled not only the lawyers but also the notaries to step up against them. Therefore, the second national conference of the royal notaries held on 20 April 1904 was devoted to the combat against such private activities. Despite the fact that this time the two branches of the legal profession united their efforts against the municipal scriveners they could still not have such detrimental activities eliminated, as municipal scriveners were the local support of the government and the government party, whose role and activity was indispensable relating to the census or the general elections. This resulted in that most documents, which were required to be registered in the land registry were drawn up by the municipal scriveners.[21]

Thorough preparations were made prior to the national congress of the royal notaries. A survey was made regarding the private activities of the municipal scriveners, on the basis of which they prepared a proposal for the minister of justice, Sándor Plósz. Oszkár Charmant, a prominent figure of the Hungarian civil law notaries at the time, held a presentation to initiate debate. He highlighted in his presentation that the private activities of the municipal scriveners was detrimental not only from a professional viewpoint, but also from a political and moral perspective. As this means that ordinary people will be vulnerable before the scriveners relating to their private and civil legal matters.[22]

---

[16] József Östör: Törvényjavaslat az okirati kényszerről (The Bill on the Mandatory Formalities of Instruments) in. Jogtudományi Közlöny 1929. issue 21, pp. 198- 200.

[17] "The stringent regulation of conflict of interest, the ban on the private activities of scriveners, mandatory formalities of instruments and first instance administrative court, the consideration of the highest legal and administrative qualification when filling vacancies in public administration and the justice system for the next 10-20 years at least, the elimination of every shape and form of hedge writing by efficient means - these would be those principles and considerations, which would mitigate the overcrowded situation of the Hungarian lawyers, especially the Budapest Bar without prejudice to the Hungarian youth and Hungarian future." Lajos Tihanyi: Az ügyvédkérdés szociálpolitikája (The Social Policy Issue of Lawyers) in: Magyar Szemle 1931. issue 9, p. 43.

[18] Zoltán Krenner: Az Ügyvédszövetség előadói jelentése az okirati kényszerről (The Report of the Law Society on mandatory formalities of instruments) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1936. issue 5 pp. 145-153 and A VI. országos ügyvédi értekezlet energikus állásfoglalása a jegyzői magánmunkálatok ellen (The Strong Standpoint of the 6th National Conference of Lawyers Against the Private Activities of Scriveners) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1936. issue 6, pp. 200-208.

[19] Jegyzői magánmunkálatok végzésének megszüntetése (Elimination of the Private Activities of Scriveners) in: Jogtudományi Közlöny 1952. issue 10, p. 470.

[20] Alajos Zimányi: A királyi közjegyzőség Magyarországon (The Royal Notariat in Hungary) in: A Jog 1888. issue 33, pp. 273-274.

[21] Ferenc Szécsi: Egy programpontról, ami nincs Az orsz. ügyvédgyűlés tárgysorához (On an Item on the Agenda which is Missing. Remarks on the topics of the National Meeting of Lawyers) in: Jogtudományi Közlöny 1907. issue 40, pp. 329-331.

[22] A királyi közjegyzők második országos értekezlete Dr. Charmant Oszkár előadói beszéde (The Second National Conference of Royal Notaries. Dr Oszkár Charmant' Presentation) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1904. issue 1, pp. 3-36.

Two draft resolutions were prepared for the congress. One of them was presented by the preparatory committee of the congress, and other by Béla Blum, the president of the Pécs chamber. The starting point of Blum's proposal was realistic. He realized that the private activities of municipal scriveners cannot be eliminated, but he wanted to impose an itemized restriction on these activities. He would have prohibited scriveners from acting in certain types of cases, namely they could not draw up any instruments for the transfer of title of real property, allocation settlements among heirs, waivers of right of inheritance, transfers of inheritance, adoptions, wills and donations. Also, in the permitted sphere of activities, further formal requirements would have been introduced, like countersigning and making the execution of the documents more cumbersome.

The proposal of the preparatory committee would have generally banned all activities related to the drawing up of instruments for municipal scriveners, as they considered it contrary to the principle of separating public administration from the judicial system implemented after the Compromise. The congress adopted the radical proposal of the preparatory committee.[23] Following the congress, a notarial delegation headed by the president of the Budapest chamber, Zsigmond Rupp met with the minister of justice requesting from the government to change the regulation concerning municipal scriveners, which is detrimental to the notaries. The minister promised to proceed in amending such legislation, however he failed to do so.[24]

Even two law journals published the same press announcement on the second congress of the royal notaries.[25] It was highlighted in it that a survey conducted before the congress showed that drawing up documents and representation in cadastral issues were carried out by municipal scriveners and not lawyers. The private activities of municipal scriveners and the notarial institution are incompatible with each other. As this issue failed to be resolved once again, notarial forums still had it on their agenda. The annual general assembly of the Budapest Chamber of Royal Notaries the held in 1904 established that the number of notarial seats cannot be increased and the scope of notarial competences cannot be extended, because the activities of municipal scriveners prevent them. Prohibitory legislation seemed to be the only solution.[26]

Not only were the notarial self-governments engaged in the issue of the private activities of municipal scriveners but also individual notaries. János Kubinyi, a deputy notary of Nagyrőce stated that the State authorised the municipal scriveners to draw up instruments, because it is a manner to supplement their income. If these activities were eliminated, the number of notarial positions should be increased, and legally the transactions falling within the competence of notaries should be made in the form of an authentic instrument.[27]

Despite expectations, the National Assembly of Lawyers held in 1907 did not put the issue of the private activities of municipal scriveners on their agenda for discussion. Ferenc Szécsi notary drew attention to this shortfall in his article, and stated as a fact that the majority of the non-contentious cases are dealt with in scriveners' offices. This is particularly the case concerning documents requiring cadastral registration. Moreover, he was on the view that it is improper to have the scrivener representing the State also represent private individuals. By allowing this, the State provided an opportunity for the scriveners to have the supplementary private services account for the majority of their work instead of their official activities. However, scriveners not only pursued such private activities in smaller towns, but also in larger places where lawyers and royal notaries were also available.[28]

At all events, the notaries had this issue on their agenda continuously. Articles on the issue were mainly published in their periodical, the Official Journal of Royal Notaries. Mostly it only dealt with a case study, or a judicial decision, but sometimes a comprehensive study of the topic was rendered. Pál Fitz notary drew attention to a decision of the Royal Court of Appeal of Cluj which stated that a municipal scrivener may not draw up a request for the issuance of a certificate of succession if the official certificates included in the attachments to such request are issued by the scrivener in his official capacity.[29]

The government was planning to introduce a new electoral system before the outbreak of the World War I, it would have involved the nationalisation of municipal scriveners. The Budapest Chamber of Royal Notaries had a proposal related to these future measures presented to the minister of justice. The notaries were hoping that 'the state-employed municipal scriveners'

[23] 'It is of paramount importance that According to the National Conference of Royal Notaries the remuneration of municipal scriveners should be regulated in such a manner as part of a comprehensive administrative reform that their private activities in non-contentious civil cases should be eliminated: because in general terms it is politically unacceptable to pursue private activities while exercising official powers at the same time, and practically it is highly detrimental both to the administration and the judicial system. It hinders administrative affairs to be carried out impartially and thoroughly, and weakens the guarantees provided by non-contentious procedures; also it precludes the notarial procedures falling under the same competence.'A királyi közjegyzők második országos értekezlete (The Second National Conference of Royal Notaries) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1904. issue 1, p. 33.

[24] 'Regarding our circumstances, people cannot be prohibited from turning to scriveners, especially in minor matters, however I am also of the opinion that this should not be misused…' A királyi közjegyzők második országos értekezlete Plósz Sándor igazságügyi miniszter válasza a közjegyzői küldöttséghez (The Second National Conference of Royal Notaries. The Response of the Minister of Justice, Sándor Plósz, to the Notarial Delegation) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1904. issue 1, p. 37.

[25] A királyi közjegyzők országos értekezlete (The National Conference of Royal Notaries) in: Szegedi Jogász-Lapok 1904. issue 19, pp. 2-3, A Jog 1904. issue 18, pp. 143-144.

[26] A budapesti kir. közjegyzői kamara (The Budapest Chamber of Royal Notaries) A Jog 1904. issue 11, p. 85.

[27] János Kubinyi: Az állam praeventív feladata a magánjogi jogszolgáltatás terén (The Preventive Role of the State in Civil Cases) in: A Jog 1905. issue 22, pp. 169-170.

[28] Ferenc Szécsi: Egy programpontról, ami nincs (On an Item on the Agenda which is Missing) in: Jogtudományi Közlöny 1907. issue 40, pp. 329-331.

[29] Pál Fitz: Adatok a községi jegyzők magánmunkálataihoz (Data on the Private Activities of Municipal Scriveners) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1908. issue 6, pp. 221-223.

would no longer be allowed to pursue private activities. Hence, they requested the minister not to include the private activities of municipal scriveners in the Bill, as the existence of this competence prevents the development of the notarial institution in their view.[30] The statute in question did not come into effect, thus the private activities of municipal scriveners remained intact between the two world wars.

The private activities of municipal scriveners were first jeopardised between 1925-1930 by the three draft legislation on the mandatory formalities of instruments. László Fekete agreed with this proposal, thus in his article he emphasised that the most important goal is to have the instruments prepared by legal practitioners: the lawyers and the notaries. The municipal scriveners should not be entrusted with such work due to lack of qualifications and liability for damages.[31] The notarial chambers welcomed the Bill on the mandatory formalities of instruments in their submission addressed to the minister of justice in 1927, however they noted that a consistent enforcement of such mandatory formalities is missing from the proposal. Also, the requirement of mandatory formalities of instruments was not in the interest of the lawyers who had a greater power to enforce their interests as compared to the notaries and who were their allies in the combat against the municipal scriveners. Thus lawyers when writing articles on the Bill on the mandatory formalities of instruments understandably did not support the requirement of authentic instruments in particular cases.[32]

Szigfrid Holitscher stated regarding the minister of justice, Tibor Zsitvay's new draft legislation on the mandatory formalities of instruments that the Bill extended the requirement of authentic instruments only to a very narrow range of cases, namely in matters between parents and children. The codification of such narrow scope would surely not infringe the interests of the lawyers.[33] Notary Bertalan Kőrössy placed the issue of the private activities of scriveners in a historical perspective. He argued that whilst in the 19th century such activities were mainly pursued on a customary law basis, in the beginning of the 20th century such activities were supported by statute. The county regulations permitted all types of cases for the private activities of municipal scriveners. However, they failed to specify the related issues of liability, monitoring or supervision.[34]

In 1933 Andor Lázár minister of justice when discussing the budget for the judicial branch, he underlined that the salary of municipal scriveners should be increased to such an extent that their private activities could be eliminated. The notaries were very pleased to hear this news, because they hoped that by implementing these measures the scriveners would no longer be involved in the draw up of instruments. János Galánffy highlighted the consequences of the unprofessional work of the municipal scriveners in his article. He established that due to the disregard of binding legal requirements, the parties concerned incurred more costs than if they had turned to a lawyer or a notary.[35]

Elek Kubinyi traced back his activity of drawing up documents to the fact that pursuant to the rules governing notarial activities, the notaries were not allowed to be engaged in preparing private documents. He was on the opinion that if notaries had been authorised to draw up private instruments like the lawyers, the municipal scriveners would have been barred from such activities. Nevertheless, this remained an issue during the period discussed above, furthermore municipal scriveners even made certified copies in some places.[36]

4. Municipal scriveners in defence of the private activities

Municipal scriveners did not pay much attention to the attacks of lawyers and notaries against their private activities up until the beginning of the 20th century, as this only meant the publication of a few articles in professional journals. By regulating the tariffs of these activities initially pursued on customary grounds, either through county regulations or the ministry of the interior legitimised and institutionalised them. In 1904 both lawyers and notaries held national conferences to discuss this matter. Furthermore, this controversy was no longer confined to professional literature, but continued with great momentum in daily newspapers, thus this professional issue became a political one as well. Municipal scriveners were supported by the press

[30] Zsigmond Róth (Ed.): A jegyzők államosítása és magánmunkálati hatáskörük (The Nationalisation of Scriveners and Their Competence of Private Activities) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1913. issue 6, pp. 176-180.

[31] Fekete László: Az okirati kényszer (The Mandatory Formalities of Instruments) in: Jogtudományi Közlöny 1926. issue 6, pp. 48-49.

[32] Törvényjavaslat az okirati kényszerről (The Bill on the Mandatory Formalities of Instruments); A kir. közjegyzői kamarák felterjesztése a m. kir. Igazságügyminiszterhez az okirati kényszerről szóló törvényjavaslat tárgyában (The Submission of the Chambers of Royal Notaries to the Hungarian Royal Minister of Justice on the Bill on the Mandatory Formalities of Instruments) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1927. issue 1, pp. 10-26. and pp. 26-36; István Sándorfalvi Pap: Az okirati kényszer kérdéséhez (To the issue of the Mandatory Formalities of Instruments); Tibor Lőw: Az okirati kényszer kérdéséhez (To the issue of the Mandatory Formalities of Instruments) in: Jogtudományi Közlöny 1929. issue 24, pp. 232-234.

[33] Szigfrid Holitscher: Törvényjavaslat az okirati kényszerről (Bill on The Mandatory Formalities of Instruments) in: Jogtudományi Közlöny 1929. issue 22, pp. 206-207.

[34] Bertalan Kőrössy: Adatok és észrevételek a jegyzői magánmunkálatokhoz, valamint a vonatkozó törvények, belügyminiszteri rendeletek és vármegyei szabályrendeletekhez kapcsolatban a 809. sz. igazságügymin. törvényjavaslattal (Data and Observations on the Private Activities of Scriveners, and Bill No. 809. of the Minister of Justice Related to Relevant Laws, Decrees of the Minister of the Interior and County Regulations) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1929. issue 9, pp. 403-430.

[35] 'It may be that lawyers' and notarial fees are usually – though not always – higher than those of scriveners, but their work has the advantage of being thorough and well-written, and end up before the courts in incomparably less cases, thus preventing parties from paying even more in addition to the "cheap" fees.' János Galánffy: A jegyzői magánmunkálatok (The Private Activities of Scriveners) in: Jogtudományi Közlöny 1934. issue 5, p. 26.

[36] Elek Kubinyi: Néhány szó a jegyzői magánmunkálatokról (A Few Words on the Private Activities of Scriveners) in. Királyi Közjegyzők Közlönye 1934. issue 4, pp. 141-147; Újabb, illetékes offenzíva a jegyzői magánmunkálatok ellen (Yet a New Offensive Against the Private Activities of Scriveners) in: Királyi Közjegyzők Közlönye 1936. issue 8, p. 320.

of the government, namely by Budapesti Hírlap, Pesti Hírlap and Pesti Napló, whilst lawyers and notaries had a backing by the newspaper of the opposition, the Népszava. However, even government papers acknowledged the objections of the other two legal professions regarding the private activities of municipal scriveners entrenched by "customary law". Therefore, they argued that the lack of detailed regulation is to be accounted for these issues. These activities are in demand by villagers, and only municipal scriveners can meet them.[37]

Representatives of the lawyers met with prime minister Earl István Tisza in connection with the Bill on the regulation of the municipal scriveners' remuneration, who was on the opinion that though "under appropriate limitations and supervision" but these activities are necessary. It must be noted that such detailed regulation was required for the pursuit of these private activities. Oszkár Charmant argued in his article that such private activities are a hindrance in the development of the notarial institution. While a considerable portion of non-contentious cases are dealt with the municipal scriveners, neither competences of notaries can be extended nor the numbers of notarial seats increased. Municipal scriveners essentially have competences of an official nature. Clearly, scriveners pursue their private activities ensuring them additional income at the expense of exercising their official authority.[38]

In 1912 "the issue of scriveners" was also discussed at the first congress of the National Law Society. They were on the view that they would reach out to the National Association of Municipal and Circuit Scriveners to mutually act for the increase of the scriveners' remuneration before the government in connection with the legislative reform of the lawyers. If this initiative were successful, the private activities could be abolished.[39]

Municipal scriveners also urged to resolve this matter. Algernon Hunyár regarded the status of municipal scriveners as a crucial element of the administrative reform. The prevailing view was that scriveners would be granted a first instance administrative and judicial competence, superior to the municipal judge and body. However, they could no longer pursue private activities as a consequence. In his argument, he labelled it as a kind of "people's office", which would give legal advice to the villagers free of charge, and provide legal aid and defence for reduced rates. Thus he suggested that the official authority of scriveners should not be strengthened, but rather the social aspect of their work should be enhanced when giving them a pay rise, that is promote their private activities.[40] János Sándor, minister of the interior, stated in the parliamentary debate of Enactment LX of 1913 on the remuneration of municipal scriveners that their private activities are required as they are the legal advisers of the people. László Alsó had a contrary view, according to him the activities of municipal scriveners were negligible, of a minor importance within the range of competences of scriveners.[41]

The newspaper Népszava had a column relating to municipal policy in the 1920 s and 1930 s, which discussed issues of the local administration regularly. One of its articles on municipal scriveners saw a conflict of interest between the private activities and the official capacity of scriveners. Moreover, the drawing up of instruments and filings should be assigned to a new institution, the municipal legal aid office. The unknown author of this article was of the opinion that scriveners could practise their profession better exercising their official authority in the villages, whilst private activities should be carried out by lawyers. This idea can be seen in articles of the coming years too. It was especially stressed that scriveners should not undertake cases involving real property, because that could result in speculations. Real property of a village should be purchased by the municipality and not by persons relating to the scrivener.[42]

Károly Némethy, a member of the Upper House, retired Secretary of State, published an article in the Budapesti Hírlap supporting the municipal scriveners. In his view, their pursuit of private activities is a right as well as an obligation. It is a vested interest of villagers that they may have recourse to a scrivener in civil matters, and it is an obligation for the scrivener to prepare filings and instruments in such matters. He acknowledged that 90% of instruments requiring cadastral registration are drawn up by municipal scriveners, and that often these instruments are defective, still he believed that these conditions should be maintained. József Papp, the president of the Bar, unequivocally regarded this situation as a conflict of interest as scriveners hold a public office on the one hand and solicit people in civil matters who also fall under their official authority on the other. This is manifested in the fact that villagers are concerned to request the drawing up of an instrument from a lawyer or notary in cases where a scrivener issued a tax and valuation certificate. In his conclusion, it is not an issue between lawyers, notaries on the one hand and scriveners on the other, but a jurisdictional one. However, the resolution of this issue was impeded by politics, because the government still needed the support of the scriveners.[43]

[37] A községi jegyzők és a közjegyzők (Municipal Scriveners and Notaries) in: Budapesti Hírlap 1904. issue 74, p. 1.

[38] Ügyvédek a jegyzők magánmunkája ellen (Lawyers Against the Private Activities of Scriveners) in: Budapesti Hírlap 1904. issue 109, pp. 13-14, Dr. Charmant Oszkár: A jegyzői magánmunkálatok (The Private Activities of Scriveners) in: Budapesti Hírlap 1904. issue 130, pp. 3-4.

[39] Ügyvédek parlamentje (The Parliament of Lawyers) in: Pesti Napló, 1912. issue 154, p. 19.

[40] Algernon Hunyár: A községi jegyzők problémája (The Issue of Municipal Scriveners) in: Magyar Figyelő1914. issue 2, pp. 52-61.

[41] 'Therefore the viewpoint of the government is – as well as my opinion based on experiences – that… the private activities may be regulated, however they cannot be eliminated altogether, not only because of the scriveners but also for the sake of the people.' László Alsó: Jegyzői magánmunkálatok és azok díjazása (The Private Activities of Scriveners and Fees Thereof) in: Magyar Közigazgatás 1922. issue 27, p. 5, and László Alsó: a községjegyző jogállása (The Legal Statues of Municipal Scriveners) Budapest, 1925. Magyar Közigazgatás kiadása, Pallas nyomda, p. 31.

[42] Községi dolgok (Municipal Issues) in: Népszava 6 February 1927, p. 15; Sz. S.: A község jogvédő hivatása (The Municipality as a Forum for Legal Protection) in: Népszava 31 March 1929, p. 32.

[43] Károly Némethy: A községjegyzők magánmunkálata (The Private Activities of Scriveners) in: Budapesti Hírlap 10 October 1929, pp. 5-6; József Papp: A községi jegyzők magánmunkálata (The Private Activities of Scriveners) in: Budapesti Hírlap 18 October 1929, pp. 3-4 p.

It was after these preliminaries that the ministry of justice presented its Bill on the mandatory formalities of instruments before the House of Representatives. Municipal scriveners and their representative body, the National Association of Municipal and Circuit Scriveners, recognising the jeopardy in this proposal, tried to give an adequate response to the published articles, and to have politicians support them. Apart from former usual arguments, now the issue of income and earnings was also examined.[44] At the session of the scriveners' association on 23 October 1928, the president of the association, János Koncz, described how serious the attacks against the scriveners were, and promised to challenge them, both in the press and in politics.

The most important tool against the offensive, which targeted scriveners was the pamphlet entitled "Century-old right of the village in jeopardy" published by the Official Journal of Municipalities initiated by the association. In this several authors making use of the arguments formerly published in the press emphasised that the introduction of the mandatory formalities of instruments jeopardised the interest of villagers, and it only served to increase the number of practising lawyers. Sándor Förhéncz, chief scrivener, apart from the usual arguments compared the liberal fees charged by lawyers, and the fixed fees charged by notaries and scriveners. He used a sale contract, an allocation agreement, and a joint will as the basis for such comparison. He demonstrated that the notarial fee is four or five times as much, and a lawyer's fee may be eight or nine times as much as a scrivener's fee. János Koncz would amend the Bill so as to restore the original position, i.e. he would leave the competences and fees intact.[45]

The submission of the Bill on hedge writing caused some tensions among scriveners, however the editorial staff of the journal Magyar Közigazgatás tried to calm them down by saying that the Bill does not apply to those scriveners who are authorised to prepare filings and instruments, and provide representation before authorities by law. In the parliamentary debate of the Bill, however, Jenő Gál MP argued against the hedge-writing practice of scriveners, which the MPs on the government side objected. Albert Váry, Crown Prosecutor, highlighted that lawyers must be protected from the activities of hedge writers, but he also noted that municipal scriveners are not to be considered hedge writers. It is the liability of the State that municipal scriveners are not given high enough remunerations which would prevent them from pursuing private activities for private gain. In the debate at the Upper House József Papp suggested that apart from passing the Bill, another Bill on the mandatory formalities of instruments should also be passed and municipal scriveners should be banned from pursuing private activities. Károly Némethy, however, argued for retaining the status quo, but Sándor Kölcsey expressed his hope that the issue of the private activities would be resolved, as it is not compatible with the position of a government official to seek payment from clients.[46]

As no regulation on municipal scriveners was passed until the end of the Civil Era, this issue was finally resolved only during the setting up of the communist system by the nationalisation of the notarial institution, placing lawyers under the supervision of the State by the organisation of lawyers' collectives, and municipal scriveners becoming the clerks of the executive committee of the local councils.

[44] 'Mihály Takács read out statistical data illustrating that lawyers practising in the country whose position the Bill purports to enhance live in better conditions than scriveners of villages. In his district there are twelve lawyers whose income ranges from 5480 to 11,000 pengő on their tax returns. It is also said that more litigation ensues in case of instruments drawn up by scriveners than by lawyers. However, statistics shows otherwise.'
Az okirati kényszer javaslat Országos választmányunk ülése (Proposal on the Mandatory Formalities of Instruments. The Session of our National Board) in: Községi Közlöny 1929. issue 43 p. 517.

[45] Veszélyben a falu évszázados joga. Mi van az okirati kényszer-javaslat mögött? (The Century-old Right of the Village in Jeopardy. What is Behind the Proposal ont he Mandatory Formalities of Instruments?) Budapest, 1929. A Községi Közlöny kiadása, p. 39.

[46] A képviselőház elfogadta a zugírászatról szóló törvényjavaslatot (The House of Representatives Passed the Bill on Hedge Writing) in: Pesti Napló 17 January 1934, p. 7, Összeült a Képviselőház (The House of Representatives Has Met) in: Pesti Hírlap 17 January 1934, p. 2., A Felsőház ülése (The Sitting of the Upper-House) in: Budapesti Hírlap 16 January 1934, p. 4.

Legal Practice concerning Counterfeiting as a Crime in Hungary in the Age of Neoabsolutism (1849–1861)*

*Zsanett Szabó***

Abstract

In this study, I present the history of the regulation of counterfeiting in Hungary, and I present it's practice in the period of neoabsolutism (1849-1861). At the beginning of this study, I write about how was counterfeiting regulated and what circumstances were taken under consideration in the regulations, from the Roman law to the first codified criminal code of Hungary. In the knowledge of these rules, I present the practice of counterfeiting as a crime. Frigyes Kahler already examined the legal practice of Debrecen only until 1848 so describing these results, I present the specificities of the established practice of that time. The practice of the years of neoabsolutism - when the Austrian Criminal Code was applicable - I present it based on primary sources, because I found a lot of crimes when I conducted research in the archives of Hajdú-Bihar County. During processing the relevant cases, my objective was to detect any possible differences or, first of all, to highlight the fact how the Austrian Criminal Code was applied in the legal practice or even to which extent the legal practice applied common law established before.

Keywords: *counterfeiting; Austrian Criminal Code; neoabsolutism; Hungary.*

Counterfeiting is one of the oldest financial crimes because various attempted counterfeiting started as soon as money appeared since people wanted more and more. Hardly surprising, sanctions were imposed rather early in history. There are several authors involved in the history of legislation regarding counterfeiting in Hungary,[1] however, there are fields in the court practice that are not revealed and in Hungary, common law was a decisive factor for a long time and for that reason I believe such researches fill the gaps in this field and the right conclusions can be made only within the scope of a so-called reversed research when legal practice established in a certain era is revealed regarding the proper application of common law and laws. In this study, my primary objective is to reveal the legal practice in neoabsolutism in terms of counterfeiting because surprisingly, I found a lot of crimes when I conducted research in the archives of Hajdú-Bihar County. On the other hand, Frigyes Kahler examined the legal practice of Debrecen before but until 1848 only when legal practice was based on common law. In neoabsolutism, sentences were passed in accordance with the Austrian Criminal Code that had been introduced in Hungary so the legal practice of these two periods can be contrasted with each other well. When processing the relevant cases, my objective was to detect any possible differences or, first of all, to highlight the fact how the Austrian Criminal Code was applied in the legal practice or even to which extent the legal practice applied common law established before.

Counterfeiting is a considerable crime because it seriously violates the public financial safety and the protection provided by criminal law has two directions; on the other hand, state sovereignty represents the object to be protected as the right to mint coins was considered as a king's monopoly (or later as a State monopoly) from the very beginning, which represents the political aspect of this crime. There is another pecuniary or financial aspect since the citizens' and the state's assets are protected due to the fact that it was recognized as a crime aiming at acquiring such assets.[2] This crime has a dangerous nature as it causes considerable damage and by distributing counterfeit money of appropriate quality on the market the economy of certain states can be even destroyed so particular attention should be paid for finding such money.[3]

Legislation can have various approaches regarding the fact how criminal rules are established in this respect, which determines the classification of this crime or the extent of the applicable sanctions. Currently, the valid Hungarian Criminal Code

* The study was made under the scope of the Ministry of Justice's program on strengthening the quality of legal education.

** Dr. Zsanett Szabó, Géza Marton Doctoral School of Legal Studies, University of Debrecen, Hungary.

1 I refer hereby mainly to the works of Frigyes Kahler who approached this issue in his studies from several points of view.

2 KAHLER FRIGYES: *Pénzhamisítás és hamispénz-forgalmazási ügyekben folytatott bírói gyakorlat a XIX. század első felében Debrecenben*, Publicationes Universitatis Miskolcinensis. Sectio Juridica et Politica, 1994. Tomus 9. 67.

3 Fake money often spread because the situation when currencies are replaced or changed and the major part of citizens cannot recognize the new currency is misused. Currently, this phenomenon can be seen in Hungary because banknotes of HUF 2,000 are washed and HUF 20.000 is simply printed on them that can be misleading without conducting an ultraviolet check.

includes it under a special chapter (Chapter XXXVIII Crimes against the safety of currency circulation and stamp trade)[4] and legislation highlights the financial aspect, which was different before and it was changed several times during history.

As mentioned before, legal consequences related to counterfeiting were established rather early in history as statements in this regard were mentioned in Hammurabi's Code namely if somebody counterfeited the coins bearing his portrait or name in any way, they shall be punished by Gods.[5] Ancient Greek and Roman law also include rules in this regard as in the latter one, the crime of counterfeiting was classified among the most serious crimes such as violation of public trust and credit (publica fides)[6]. First, the financial aspect was highlighted but later, when coins bearing the emperor's portrait started to be made, counterfeiting was qualified as high treason and it was punished by death. Later, that was transferred into Germanic laws and among others into the Hungarian law.[7]

Counterfeiting is therefore a crime category that was included in the Hungarian law in early feudalism. Consequently, legislation provided protection for all the kings exercising the monopoly of minting coins since the very beginning, namely Saint Stephan's ruling. However, legislation's approach had changed in Hungary several times and its importance had mainly varied according to the role of financial management in economy and finally, it was linked to the emergence and development of production of goods.[8]

Initially, regulations were influenced by politics as counterfeiting was considered as high treason because minting coins and providing circulation of money or quality thereof had been a king's monopoly[9] and the conditions of goods were not developed at that time. There were not written rules in this regard, but common law was enforced.[10] As counterfeiting was qualified as high treason among infidelity cases, it was punished by death and confiscation of property against persons who wanted to get the rights of kings in this way challenging royal authority starting to consolidate at that time. The first counterfeit coins were discovered as findings from that era, which prove that coins were mainly counterfeited by using poor-quality silver or copper and counterfeiting was committed directly in mintages.[11]

After money had been used more and more and financial management had been introduced, counterfeiters were provided much more opportunities or possibilities to commit that crime as money was used in a considerable amount, so the situation described before changed slightly and financial aspect was highlighted more and more in the concept of counterfeiting.[12] Written rules of law have been found concerning counterfeiting since that period and maybe due to that fact it was not qualified as infidelity but later it was introduced into the crime category of infidelity by King Matthias.

It was first written in Law 40 of 1298 saying: *„Should anybody mint coins in his own property or house recklessly, he shall be deprived of his property or house and punished by the law."*[13] Punishment by the law shall mean definitely the sanction determined by common law, in other words death penalty and depriving of property or house shall mean confiscation of all his own property although it was not classified into the category of infidelity as infidelity stated in Chapter 6 of Decree II issued by King Coloman did not mention counterfeiting.[14] The quoted text also refers to a typical criminal conduct as counterfeiting in private houses constituted a more serious problem rather than the previous counterfeiting crimes committed in mintages.

As I mentioned before, during the rule of King Matthias counterfeiting was included into infidelity crimes in accordance with Decree I of 1462 permanently and in the same way, it was formulated in Tripartitum,[15] which determined the legal practice in Hungary for a long time.[16] Integrating counterfeiting into infidelity crimes, legislation created an obvious situation of emphasizing the political aspect of counterfeiting and at the same time the sanction was determined exactly as death penalty and confiscation of property being the most serious punishment was applied and this legal practice was valid until the middle of the 19th century.[17] However, we will see that this

[4] Articles 389-394 of Act C of 2012 It has a great importance even today and the basic case of several modi operandi an imprisonment between 2 and 8 years or in cases qualified by the law an imprisonment between 5 and 10 years are imposed. Preparation or facilitation of counterfeiting as a crime or the case when somebody did not know that the currency was fake but distributed it, were punishable. I examined the statistical data issued by KSH in the last years on the base of which I can state this crime is not committed in a large number and unsurprisingly, it is mostly committed in Pest County.

[5] Angyal Pál: *A Magyar büntetőjog kézikönyve,* Budapest 1940 5.

[6] Derzsi Júlia: *A pénzhamisítás bűncselekménye az erdélyi szászok jogkönyvében (1583),* Korunk – Part 3, Volume 20 Issue 6 (June 2009).

[7] Balogh Elemér: *A pénzhamisítás bűncselekménye a XIX. század első felének néhány német kódexében és a korabeli magyar büntetőtörvénykönyv-tervezetekben, Acta Universitatis Szegediensis: Acta juridica et politica,* 1988. (38 Tom.) 1-21 Fasc. 21-36.

[8] Kahler Frigyes: *A pénzhamisítás bűncselekményének alakulása Magyarországon, Jogtörténeti tanulmányok,* 1983 Volume 5 Issue 5 98.

[9] Béli Gábor: *Magyar Jogtörténet*, Budapest–Pécs, 2000 179.

[10] Kahler Frigyes: (1994) cited above 68.

[11] Kahler Frigyes: (1977) cited above 58.

[12] Kahler Frigyes: (1983) cited above 99-100.

[13] Kahler Frigyes: *A magyarországi középkori pénzhamisítás (I. rész)*, Numizmatikai közlöny, 1977. (Volume 76-77) Issue 1 59.

[14] Chapter 6 of Book 2 of the Royal Decrees of King Coleman about the crime of infidelity: *We order from apostolic will that the people shall beg for the favor of our king and the stability of his empire in each church every day. Article 1: And we definitely command as follows: if somebody plots or attempts to plot against the life or dignity of the king in any way or agree with the offender in this respect, they shall be damned and exclude from the community of the faithful. If somebody is aware of that and they could reveal it but fails to report it, they shall be punished in the same way.*

[15] Tripartitum is a collection of common law what is linked to István Werbőcy, it was published in 1514 and it was decisive factor for a long time in the Hungraian legal practice.

[16] Kahler Frigyes: *A magyarországi pénzhamisítás (II. rész) (Károly Róberttől I. Mátyásig)*, Numizmatikai közlöny, 1979. (vol. 78-79.) issue 1. 46. , Kahler Frigyes (1983) cited above 104 106.

[17] Kahler Frigyes (1994) cited above 69.

legal practice often prevailed over rules of law consistently. Decree II of 1723 issued by King Charles III slightly refined this fact [18] as a value limit of fifty Hungarian forints was determined when counterfeiting was considered as a crime. However, there were no rules of law how an act could be considered under this value limit and it was the responsibility of the legal practice to determine it.[19]

In the light of the above, we can see clearly how well the changes in each period, the changes in the approach concerning counterfeiting and the Hungarian rules of law adapted to the frequent criminal methods and followed the situations created by the legal practice.

The above described regulation had a governing function until the middle of the 19th century when the Austrian Criminal Code introduced in Hungary removed it from infidelity crimes. It does not necessarily mean that this act was not required before as in the criminal code drafts made at the beginning of the 19th century, this crime was not included into the cases of high treason, however, as we know it well, they did not enter into force.

Even the first Hungarian criminal code draft dealt with the delict of counterfeiting in detail. The draft from 1795 incorporated several single crimes but a so-called fifty forint limit still remained, however, it stated definitely that counterfeiting may be committed by counterfeiting coins used in Hungary only. For counterfeiting due to gross negligence, an imprisonment from one day up to one year or for that committed as an intentional delict, an imprisonment from one year up to ten years is determined by the law, which means that reacting to the practice it did not apply a feudal punishment of death penalty and confiscation of property [20] but it stated that a life imprisonment can be imposed if there is a risk of criminal recidivism.[21] The next criminal code draft of 1830 included an amendment saying counterfeiting banknotes had to be also punished and the sanction was determined as an imprisonment from one month up to six years depending on the extent of the damage caused to the community decreasing the previous sanction.[22] The bill of 1843 contained rather detailed provisions on counterfeiting but we can say it is a step back because no crimes regarding banknotes were mentioned. However, there is another important change as provisions specifying an intentional criminal conduct were introduced, which means the person committing the crime had to have the intention of launching counterfeited coins being considered as a determining factor when the punishment was imposed since a completed launch of counterfeited coins meant that an imprisonment up to 12 years was imposed otherwise an imprisonment up to six years was imposed. Aggravating aspects concerning the application of the sanction were also listed, among others: if somebody produced counterfeited money in a rather great value, if somebody produced counterfeited money in a large quantity, if there was a considerable difference between the real or fake value, using rather smart tools and people could be deceived easily. The draft also included rules about a case when a person getting counterfeited money accidently in other words such a person first failed to recognize it was counterfeited but later he found out it was and tried to get rid of it stating it was real money, he had to pay fivefold of the counterfeited money to the treasury but the crime was considered as private prosecution.[23]

Counterfeiting had been regulated in Hungary on the basis of the above before the Austrian criminal code was introduced nationwide. In the next part, I will reveal how all this was enforced in reality. In the Hungarian history, counterfeiting appeared to an increased degree twice before the period indicated by me. First, in the 16th century when the Hungarian money became inadequate to arrange enhanced trade of goods due to the anarchic conditions caused by the wars against the Turkish troops and foreign money appearing in a bigger quantity and regularly proved that fact and in that period, in almost all the social strata in Hungary counterfeiting was committed.[24] In the 15th century, the first large counterfeiting centers appeared and counterfeited money produced in these centers spread all over the country. In addition, it can be proven that from the end of the 15th century, counterfeiters acted in mintages under the protection of various feudal lords and not individually.[25] Thus, with counterfeiting committed by lords, serfs participating in the production of goods became involved in counterfeiting, especially so-called smith gypsies, which means poor quality counterfeited money was produced with deformed or sometimes not real letters and deformed portraits. In all likelihood, it was made by illiterate counterfeiters.[26] A large amount of counterfeited money was found as archeological find, which proves that they were launched successfully at that time. Serfs joining trade of goods and money management were the main indicators of this phenomenon because they required a greater amount of money than that one available in the country.[27]

---

[18] Cases including infidelity crimes, Article 4 of Act IX of 1723: *„In addition, counterfeiters or those ones who use such coins in a quantity of fifty Forints knowing they are fake:"*

[19] BALOGH ELEMÉR: cited above 27.

[20] When the draft was made, the criminal code issued by King Joseph II was used as a sample that was also valid and effective in Hungary for a short time. However, this law classified counterfeiting into the category of high treason but death penalty was abolished and an imprisonment for a definite period of time was determined from one month up to five years or 12—15 years so Hungarian rules of law probably reduced this penalty level in consideration of the Hungarian legal practice.

[21] BALOGH ELEMÉR cited above 28.

[22] BALOGH ELEMÉR cited above 29-31.

[23] BALOGH ELEMÉR cited above 31-32.

[24] KAHLER FRIGYES: *Adalékok a XVI. századi pénzhamisítás kérdéséhez,* Múzeumi Kurír: A Hajdú-Bihar Megyei Múzeumbarátok Köre körlevele 1971 Issue 5 35.

[25] KAHLER FRIGYES: *Középkori pénzhamisításunk kérdéséhez (III., befejező rész),* Numizmatikai közlöny 1981 (Volume 80-81) Issue 1 79.

[26] KAHLER FRIGYES (1971) cited above 36.

[27] KAHLER FRIGYES (1971) cited above 39.

Another huge amount of counterfeited money appeared in the 19th century when paper money was introduced. First of all, people in the Transdanubian regions needed the Austrian paper money introduced by the Habsburgs in the 1760 s due to the increased trade while in other parts of the country people did not want or even refused to use that new kind of money.[28] The popularity of the pamphlets made in that period expresses people's disapproval well by calling paper money *"foreign scribbled sheet of paper"*. They also challenged its value or "material" saying *„German people put up with wooden money as it does not matter if they lose it,"*[29] because people in that period could not understand how coins made of gold, silver or copper considered also as a kind of value measure were replaced by simple numbers printed on paper. Remember that we are speaking about a period when in Hungary, there was a strong reaction against the Austrian ruling and Hungarian people tried to be as independent as they could. For that reason Austrian money was naturally rejected by Hungarians. What is more, the Hungarian government never acknowledged the paper money launched in Hungary de facto as Hungarian money.[30] The new currency obviously provided an excellent opportunity for counterfeiters so we can see a huge amount of counterfeited money was launched in that period as the Hungarian state did not act with sufficient rigor to prevent this crime and there were several other factors encouraging the spread of counterfeiting. Frigyes Kahler summarized these reasons as follows:

- It was technically much easier to counterfeit paper money then,
- It was introduced as new money and most people did not know how it looked like, which also encouraged counterfeiting. What is more, there were a lot of illiterates and notices were written in German, which aggravated the situation so counterfeiters could spread counterfeited money in pubs in smaller villages easily.
- The big profit to be expected also encouraged counterfeiting in a considerable way.
- In addition, the reason indicated before, namely that the criminal authorities did not act with sufficient rigor and in many cases, the officials responsible for that could not distinguish genuine or fake money.[31]

All this resulted in the fact that in Hungary, counterfeiting money appeared to a considerable extent in the 19th century because as we could see it was easy for counterfeiters to forge money. A lot of cases were brought to court but the major difficulty was on which basis to pass a sentence on the crime because as mentioned before the parliament refused to acknowledge that paper money as Hungarian money so there were not any Hungarian rules of law concerning counterfeiting it.[32] What is more, Decree II of 1723 was the applicable regulation that classified counterfeiting money among infidelity crimes determining a sanction of death penalty and confiscation of all property but only for cases when the crime is committed in a value of over 50 forints.[33] Obviously, a sentence had to be passed in these cases and so the courts acted applying rules of law on counterfeiting coins by analogy and decided in these cases of counterfeiting following this practice.

Frigyes Kahler analyzed the cases brought before the Criminal Court of Debrecen Free Royal City and he found 69 counterfeiting crimes among them. He established that cases could be divided into two big groups, the first one included organized crimes and the crimes committed by two large gangs were brought before court,[34] and there were other cases that had been committed by single counterfeiters or the cases involved misguided injured parties.[35] In about fifty percent of the cases, the accused persons were acquitted based on lack of evidence or the accused person did not know that the money was counterfeited. However, the accused persons acquitted were given reprimand in many cases and they were warned they should act more carefully in the future and avoid such situations. It happened rarely that counterfeiters were caught so poorer people had serious problems if they were deceived giving them counterfeited money. In such a case, they tried to give it away as soon as possible and if they were caught, the court considered this circumstance by imposing an imprisonment up to one day only.[36] Thus, it can be stated that judges hardly applied death penalty and confiscation of all property originally determined and a counterfeiter committed an organized crime was sentenced to death only but probably he got a pardon because later he was mentioned again. Fustigation was often applied as additional penalty but the previous general usage of burning the counterfeited money on the forehead of the accused persons[37] was not applied anymore.[38] The personal circumstances, the health status of the accused persons were especially considered and they were often released when a bail was provided.[39] Another typical feature of these cases is that references to the relevant

[28] Kahler Frigyes (1994) cited above 63.
[29] The quotes are part of the pamphlet by József Bányai called "Két forintos Tallér, Vén X és Görbe marjás együtt való beszélgetések".
[30] Kahler Frigyes (1994) cited above 65.
[31] Kahler Frigyes (1994) cited above 64.
[32] Balogh Elemér cited above 27.
[33] Kahler Frigyes (1994) cited above 66.
[34] This cases are included in detail on pages 70-75 in the article "*Pénzhamisítás és hamispénz-forgalmazási ügyekben folytatott bírói gyakorlat a XIX. század első felében Debrecenben*" issued by Frigyes Kahler
[35] Kahler Frigyes (1994) cited above 70.
[36] Kahler Frigyes – Káplár László: *Pénzhamisítás a XIX. század elején a Hajdúkerülethen,* A Hajdúsági Múzeum évkönyve, 1980 Issue 4229.
[37] There is a crime from the 18th century described in the book of Ákos Kocz called Debreczen város régi büntetőjoga és ennek alkalmazása a különböző bűnesetekben: Gáspár Csáki and János Somodi counterfeited and launched money. *Csák the instigator was delivered to the executioner „who branded the counterfeited money on three body parts that is on his forehead and both cheeks. If he commits the same crime again, he will be sentenced to death."* (Page 76).
[38] Kahler - Káplár (1980) cited above 230.
[39] Kahler Frigyes (1994) cited above 70-96 100-107.

rules of law were made rarely or counterfeiters were in remand during the procedure,[40] and the counterfeited money was always seized and experts' opinion was often used as the Wiener Stadtbank had a special experts' department at the beginning of the 19th century where counterfeited money was collected and expert opinions were issued[41] and metal coins had to be destroyed by breaking them up.[42]

We can thus say that courts followed a unique practice without having a criminal code in that period and based on the local conditions, punishment was reduced when there were not rules of law in this regard,[43] which is an excellent example when common law ruined the rules of law or the practice actually influenced legislation as we could see that later legislation created codification on the basis of the practice of that period.[44]

In 1849, the Austrian Criminal Code of 1803 was introduced in Hungary for common criminal offences interrupting this practice and on 17 May 1852, a new criminal code was adopted for the crownlands that entered into force with an imperial charter issued by Emperor Franz Joseph I on 27 May.[45] This criminal code could be integrated into the Hungarian legal system with difficulty only but it can be considered as a progress compared to the partial criminal code of the period of feudal orders determined on the basis of order status. However, disproportionately serious penalties and the wide range of political crimes were typical, which allowed judges to behave arbitrarily. Counterfeiting was then classified into crimes against property but rules did not cover paper money and courts had to apply them by analogy.[46] Contrary to the previous rules, launch of counterfeited money was not included in the factual elements of the law and the facts included the creation of new counterfeited money as samples or materials or the change of coins. By the way, Csemegi Criminal Code[47] also regulated counterfeiting in this way with the difference that texts in the rules of law covered paper money. Basically, penalties from 5 up to 10 years or for extremely large damage or danger from 10 up to 20 years were imposed and complicity was also punished. This regulation intended to introduce more serious punishment compared to the sanctions in the above mentioned drafts. This can be a problem as we could see that counterfeiting as part of infidelity crimes was punished by death penalty and confiscation of property before but that was applied quite rarely by the courts and in many cases, they imposed short imprisonment or warnings.

Regarding the issue, I examined the sentences passed by the Imperial Royal Court of Debrecen between 1850 and 1861 in the Archives of Hajdú-Bihar County of the Hungarian National Archives concerning counterfeiting considering mainly whether the strict Austrian rules were applied in fact or which changes we can see compared to the previous practice or to which extent a codified criminal code could standardize or help the court practice or whether uncertainties from common law could be solved or the application of foreign law created a bigger challenge for courts.

I have chosen this topic especially because counterfeiting crimes were brought to the Imperial Royal Court of Debrecen in large numbers in the first years of its activity while after 1855 these crimes appeared rarely there were six or eight cases a year only. Crimes in large numbers mean that I found 90 cases of counterfeiting among 329 sentences in 1853 and in 1854, which was little more than 27 % of all cases and it can be assessed as a rather high percentage. Unsurprisingly, the only crimes committed in a larger number than counterfeiting were thefts, however, we can see that in subsequent years, the number of counterfeiting crimes reduced or almost disappeared in the legal practice. What could be the reason for these crimes appearing again in large numbers? In that period, counterfeiting crimes involving paper money were mostly committed so I believe the above mentioned reasons namely that the Hungarian counterfeiters wanted to misuse the difference due to the shift of development between the Austrian and Hungarian regions or the fact that poorer segments of society could be deceived more easily, can be considered valid for this case too. However, I do add that counterfeiting could be one of the tools of opposition against the Austrian as in this period passive resistance

40 KAHLER FRIGYES (1994) cited above 97.
41 KAHLER FRIGYES (1994) cited above 99.
42 KAHLER – KÁPLÁR (1980) cited above 231
43 KAHLER FRIGYES (1994) cited above 108.
44 BALOGH ELEMÉR.cited above 34.
45 BARNA ATTILA: *Az állam elleni bűncselekmények szabályozása a 19. századi Magyarországon, különös tekintettel a bűntettekről és vétségekről szóló 1878. évi 5. törvénycikk előzményeire és megalkotására*, Universitas-Győr Nonprofit Kft. Győr, 2015.
46 Article118 Münzverfälschung.
Das Verbrechen des Münzverfälschung begeht derjenige:
a) der unbefugt nach einem, wo immer im Umlaufe gangbaren Gepräge Münze schlägt, obschon Schrott und Korn der echten Münze gleich, oder noch hältiger wäre;
b) der nach einem, wo immer gangbaren Gepräge entweder aus echtem Metalle geringhältigere, oder aus geringschätzigerem Metalle unechte Münze schlägt, oder sonst falscher Münze das Ansehen echten Geldes gibt;
c) der echte Stücke Geldes auf was immer für eine Art in ihrem inneren Werthe und Gehalte, nach welchem sie gemünzet worden, verringert, oder ihnen die Gestalt von Stücken höheren Werthes zu geben sucht;
d) der Werkzeuge zur falschen Münzung herbeischafft, oder auf was sonst immer für eine Art zur Verfälschung mitwirkt.
Article 119 Strafe.
Die Strafe dieses Verbrechens ist schwerer Kerker von fünf bis zehn Jahren; wenn aber besondere Gefährlichkeit, oder großer Schade dazukommt, von zehn bis zwanzig Jahren. Nur dann, wenn die Verfälschung sich für Jedermann kennbar darstellet, oder, wenn die unbefugt geprägte Münze der echten an Schrott und Korn gleich ist, kann die Strafe zwischen einem und fünf Jahren ausgemessen werden.
47 The Csemegi-Code (Act V. of 1878) is the first codified penal code in Hungary, the name was given from it's creator Károly Csemegi and it was built on mainly the Classical School doctrines.

was a considerable phenomenon. Austrian authorities increased taxes by 16-20 %[48], which was difficult to pay so suddenly or counterfeited money used as a tool in war was not a unique phenomenon[49] in the history of Hungary or Europe.[50] The direct reason of the increased number of counterfeited money was that in those years a large counterfeiting gang appeared again namely Blaskovich and his accomplices and the major part of counterfeiting crimes was committed by that gang but unfortunately, I could not find any evidence about their case among the court files.

Examining the particular cases and on the basis of the question asked before, I have found that the courts managed to apply the foreign law in Hungarian circumstances. In the relevant cases, they referred to the Austrian criminal code consistently and contrary to the previous cases or those ones after 1861, they stated the crime was committed and imposed penalties always by referring to the relevant rules of law. I am the opinion that the Austrian criminal code promoted the standardization of the practice to a considerable extent and the sentences were much consistent and guaranteed. Contrary to the previous rules, there was a significant progress in terms of formality since I examined the archive files after the 1920 s and if we put both next to each other it would be obvious how modern the form of the sentence was. In spite of that we cannot state that the Austrian law was adopted perfectly because, as mentioned several times, it applied very strict sanctions but it did not implement in the legal practice. The courts tried to adjust the level of sentence to the Hungarian circumstances.

Coming back to counterfeiting, courts should have imposed a sanction of imprisonment of at least five to ten years on the basis of the law in the single cases but I have not found any sentence of more than one year in the cases examined by me. I have to emphasize that similarly to the previous practice, in more than half of the cases the accused persons were acquitted as the real counterfeiter was found rarely and most of the crimes were committed as an organized crime and the major part of the accused persons were acquitted saying they did not know that the money had been counterfeited.[51] In such cases the most common justification was that during the perquisition no equipments was found connected to counterfeiting so the suspect probably got the counterfeit money unbeknownst.[52]

In the 1850 s the accused were acquitted referring to the fact that the counterfeited money was made by Blaskovits and his accomplices.The court acted like that in the case of O. Sándor[53] when a counterfeited banknote of HUF 10 was found on him but he was acquitted giving the following reasons: *„the counterfeit banknote presented by M. Lázár to the court proved to be produced by Blaskovits and his accomplice…"*

Basically, if courts imposed a penalty, they applied an imprisonment between some months and half of a year on defendants in other words less than the special minimum sanction. I would say courts used the opportunities provided by the legislation really well, which did not mean they did not apply the relevant rules of law in a right way as they referred to the fact that the crime had been committed before the law was introduced and they imposed the penalty according to the old rules but indicating the relevant rules of law[54].

Accordingly, a similar sentence was passed in the case of K. Miklós[55] who counterfeited ten banknotes of HUF 10 each but the court referred to the *„old practice on the basis of the mitigating circumstance stated in Chapter IX of the Emperor's Open Command of 27 May 1852,"* so in consideration of the mitigating circumstances an imprisonment of five months was imposed.

Another option that happened more often, if they could not act as mentioned before, was that the lowest penalty was imposed by referring to mitigating circumstances as the criminal code included a provision about the right of exceptional mitigation[56], which was often used by courts. The criminal code did not contain an exact rule under which conditions a large number of vigorous mitigating circumstances could be applied so judges passed a sentence like this even if there was one mitigating circumstance only. Mitigating circumstances had thus a considerable role in the court proceedings because a penalty equal to a short imprisonment according to the old usage could be imposed with reference to these circumstances and preserve the practice according to the Hungarian usages. The right to

[48] Deák Ágnes: *Polgári átalakulás és neoabszolutizmus (1849-1867)*, Kossuth, Budapest, 2009 31.

[49] I refer to the scandal of counterfeit Francs Post-World War I when Hungarians wanted to revenge by destroying the French economy using Francs because of the losses blaming the French. For the French economy that weakened due to war costs, it would have been a serious risk but very poor quality counterfeited money was produced despite all the efforts so the crime was revealed quickly. The defendants were imposed a light penalty referring to their patriotism. (For more details please refer to Goricsán Tamás Károly: *A pénzhamisításról a jogtörténet tükrében*, Tanulmányok Tóth Mihály professzor 60. születésnapja tiszteletére, Pécs 2011, 236-239).

[50] The most famous counterfeiting crime in Europe was operation Bernhard when counterfeited English pounds were produced on state level in Germany and naturally, the goal was to destroy the English economy. They tried to produce the perfect counterfeit for years and years and finally they managed to do it so well that it could not be determined how much counterfeited money in which value was produced and launched by the German. (For more details please refer to *Pénzhamisítás, mint titkos háború eszköze*, Belügyi szemle 1972 Volume 10 Issue 8 67-73)

[51] They acted like that in the following cases: MNL HBML IV/B. 156/b. box 7 15/1853, 106/1853, 217/1853, box 8 3269/421/1854, 2735/421/1854, 2566/358/1854 box 9 3904/480/1854, 6057/784/1854.

[52] For example MNL HBML IV. B. 156/d 9. doboz 81/1855, 198/1855 299/1855 no. cases.

[53] Case no. MNL HBML IV/B 156/b box 9 3271B422/1864 or cases no. 6053B786/1854, 5736B737/1854, 5834B752/1854.

[54] Article IX *Dieses Gesetz soll auch auf bereits anhängige Untersuchungen und auf alle vor dem bezeichneten Tage begangenen strafbaren Handlungen nur in soferne Anwendung finden, als dieselben durch das gegenwärtige Strafgesetz keiner strengeren Behandlung als nach dem früher bestandenen Rechte unterliegen.*

[55] Case no. MNL HBML IV. B. 156/b. box 8 2732 B/1854.

[56] Article 54 Außerordentliches Milderungsrecht.
Bei Verbrechen, für welche die Strafzeit nicht über fünf Jahre bestimmt ist, kann sowohl der Kerker in einen gelinderen Grad verändert, als die gesetzliche Dauer selbst unter sechs Monate verkürzt werden, in dem Falle, dass mehrere und zwar solche Milderungsumstände zusammentreffen, welche mit Grund die Besserung des Verbrechers erwarten lassen.

apply exceptional mitigation as an exception became a general rule.

In general, the following mitigating circumstances[57] were applied: no criminal record (that was not even regulated by the law only criminal record was assessed as an aggravating circumstance[58]), defendants under 20 years, compensation of the damage, the negligence of the injured party, miserable living conditions, physical or emotional neglect in childhood, civil status: married with children, children's number, drunkenness. There were cases in which the father was not arrested because the family could not be supported without him.[59] We have to see therefore that special attention was paid to the personal conditions of defendants even in that period.

It is very well seen from the circumstances listed above the judges most frequently took into consideration the subjective mitigating circumstances, so in that era, when fundamentally the doctrines of the classical school should have determinative the penalty imposition, however, the practice paid great attention to the offender although it was only regulated at the level of the law at the beginning of the 1900 s. However, in the middle of the 1800 s, this principle was consistently enforced by the judges in practice, largely due to the fact that the system of severe sanctions in the Austrian Code was thus most easily applied in accordance with Hungarian conditions. Particular attention should also be paid to the fact that the Csemegi Codex continued to follow the principles of the Classical School, but in the case of the law, practice is also approaching the positive school doctrines.

How much the personal circumstances have been taken into consideration does not prove much better than Márton T.'s case:[60]

In the case, he made template of 10 forint paper money and then he wanted to sell the so created 15 pieces of fake money. When the sentence was imposed, the court made the following statement: Although under the new law, a life sentence of imprisonment should be imposed but also taking into account older practices, given that the defendant is a young man (21),[61] a neglected orphan, keeps two of his orphaned siblings, and his drawing talent can be turned on a good way to the public as well. Thus, He was sentenced to half-year public service in chains and two-day fast a week aggravated prison sentence.

By all means, there was another progress as corporal punishment was not applied as a penalty and at the same time it was not allowed by law and the practice did not changed it either. Instead, sanctions were aggravated by imposing fast and the major part of the accused was remanded during the procedure and the counterfeited banknotes were sent to the National Bank in Vienna applying for expert opinions many times.

Certainly, adoption of rules of law in German did not progress smoothly in all cases and their application faced difficulties sometimes so there were problems for counterfeiting crimes in this regard as the rules of law did not cover banknotes and courts had to proceed by applying analogy. The name of this crime changed due to the special nature of that era or more probably due to the law in German because literally it meant counterfeiting coins but it could not be determined like that so it was called counterfeiting money, banknotes or authentic public paper. The law included special rules on the counterfeiting authentic public documents, which was a problem and it happened that courts referred to that instead of counterfeiting money on the base of which they could have even imposed whole-life jail sentence.[62]

---

[57] Article 46 Milderungsgründe: a) aus der Beschaffenheit des Thäters; Milderungs-Umstände, welche auf die Person des Thäters Beziehung haben, sind:
a) wenn der Thäter in einem Alter unter zwanzig Jahren, wenn er schwach an Verstand, oder seine Erziehung sehr vernachlässigt worden ist;
b) wenn er vor dem Verbrechen eines untadelhaften Wandels gewesen;
c) wenn er auf Antrieb eines Dritten, aus Furcht oder Gehorsam das Verbrechen begangen hat;
d) wenn er in einer aus dem gewöhnlichen Menschengefühle entstandenen heftigen Gemüthsbewegung sich zu dem Verbrechen hat hinreissen lassen.
e) wenn er mehr durch die ihm aus fremder Nachlässigkeit aufgestoßene Gelegenheit zum Verbrechen angelockt worden ist, als sich mit vorausgefaßter Absicht dazu bestimmt hat;
f) wenn er von drückender Armuth sich zu dem Verbrechen hat verleiten lassen;
g) wenn er den verursachten Schaden gut zu machen oder die weiteren üblen Folgen zu verhindern, mit thätigem Eifer sich bestrebt hat;
h) wenn er, da er leicht entfliehen, oder unentdeckt hätte bleiben können, sich selbst angegeben und das Verbrechen bekannt;
i) wenn er andere, verborgen gewesene Verbrecher entdeckt, und zu ihrer Einbringen Gelegenheit und Mittel an die Hand gegeben hat;
k) wenn er wegen der ohne sein Verschulden verländerten Untersuchung durch längere Zeit verhaftet war.
Article 47 b) aus der Beschaffenheit der That.Milderungsumstände in Rücksicht auf die Beschaffenheit der That sind:
a) wenn es bei dem Versuche geblieben ist, nach Maß, als der Versuch noch von der Vollbringung des Verbrechens entfernt gewesen;
b) wenn das Verbrechen mit freiwilliger Enthaltung von Zufügen größeren Schadens, wozu die Gelegenheit offen stand, verübt worden;
c) wenn der aus dem Verbrechen entstandene Schade gering ist, oder wenn der Beschuldigte vollkommenen Ersatz oder Genugthuung erhält.

[58] §. 44. Besondere Erschwerungs-Umstände. Besondere Erschwerungsumstände sind: c.) wenn der Verbrecher schon wegen eines gleichen Verbrechens gestraft worden;

[59] MNL HBML IV. B. 156/b box 84724B607/1854.

[60] Case no. MNL HBML IV. B 156.d. box 9 – 107/155.

[61] Although the law considers the age below 20 to be a mitigating circumstance, however, the practice consistently categorized the 21 to 22 year-old defendants into this category, so it is later established in our criminal law practice.

[62] Article108 Strafe. a) der Nachmachung der als Münze geltenden öffentlichen Creditspapiere. aa) der vollbrachten Nachmachung. Wenn ein als Münze geltendes öffentliches Creditspapier wirklich verfertiget worden und die Verfertigung mit Werkzeugen geschehen ist, welche die Vervielfältigung dieser Papiere erleichtern, so ist der Nachmacher sowohl, als jeder Mitschuldige zu lebenslangem schweren Kerker; - wenn aber die Nachmachung mit der Feder oder mit anderen Werkzeugen, als jenen der erwähnten Art, stattgefunden hat, zu schwerem Kerker von zehn bis zwanzig Jahren zu verurteilen.

That happened in the case involving N. József[63] who counterfeited ten banknotes of HUF 6 each and 130 banknotes of HUF 10 each and the court referred to counterfeiting authentic public documents and not counterfeiting coins imposing a life imprisonment. However, the sentence was submitted to the court of appeal applying for using the old practice for the accused, which was approved by the higher court and a prison sentence of six months was imposed in consideration of the mitigating circumstances of no criminal record, active repentance, confession of the crime and the fact that he launched only a small amount of counterfeit money.

In conclusion, we can say that the courts tried to preserve the practice based on the Hungarian common law despite the fact that the Austrian criminal code introduced could have changed the legal practice concerning counterfeiting so there are a lot of similarities between the features revealed by me and the previous practice. The facts presented above all prove that the courts did not necessarily insist on observing the text of the law but they tried to adjust the Hungarian judicial practice to the existing social conditions and requirements and the sentences reflected the elements of the criminal law of the modern era. It can be thus concluded that the legal practice of the 19th century and the results of codification are inevitably complementary even with larger crossing in time but necessarily, they complemented each other.

I focused my examination on the practice of the municipal court of Debrecen, however, it can be considered as a representative feature because the economic importance of Debrecen was remarkable nationwide in that period having a considerable trade due to its trade fairs compared to other bigger towns and for that reason it is remarkable how counterfeiting activity disturbed money circulation.[64]

We can establish about the legal practice in neoabsolutism that courts referred to the Austrian criminal code consistently when imposing a penalty but they did their best to adjust the level of sentence to the old legal practice according to the common law thus the law was not adopted in full. However, we must also see that despite the fact that the application of a foreign law resulted in many anomalies in practice, Csemegi Code adopted several alternative samples included in the relevant rules so we cannot challenge its importance in the Hungarian law.

Bibliography

Angyal Pál: A magyar büntetőjog kézikönyve, Budapest 1940.

Balogh Elemér: A pénzhamisítás bűncselekménye a XIX. század első felének néhány német kódexében és a korabeli magyar büntetőtörvénykönyv-tervezetekben, Acta Universitatis Szegediensis: Acta juridica et politica, 1988. (38. Tom.) 1-21. Fasc. 21-36.

Barna Attila: Az állam elleni bűncselekmények szabályozása a 19. századi Magyarországon, különös tekintettel a bűntettekről és vétségekről szóló 1878. évi 5. törvénycikk előzményeire és megalkotására, Universitas-Győr Nonprofit Kft. Győr, 2015.

Béli Gábor: Magyar jogtörténet, Budapest–Pécs, 2000.

Deák Ágnes: Polgári átalakulás és neoabszolutizmus 1849-1867, Kossuth kiadó, Budapest, 2009

Derzsi Júlia: A pénzhamisítás bűncselekménye az erdélyi szászok jogkönyvében (1583), Korunk - 3. folyam, vol. 20. issue 6. (2009. június)

Goricsán Tamás Károly: A pénzhamisításról a jogtörténet tükrében, Tanulmányok Tóth Mihály professzor 60. születésnapja tiszteletére, Pécs 2011.

Kahler Frigyes - Káplár László: *Pénzhamisítás a XIX. század elején a Hajdúkerületben*, A Hajdúsági Múzeum évkönyve, 1980. issue 4. 229-236

Kahler Frigyes: A magyarországi középkori pénzhamisítás (I. rész), Numizmatikai közlöny, 1977. (vol. 76-77.) issue 1. 57-66.

Kahler Frigyes: A magyarországi pénzhamisítás (II. rész) (Károly Róberttől I. Mátyásig), Numizmatikai közlöny, 1979. (vol. 78-79.) issue 1.43-50.

Kahler Frigyes: A pénzhamisítás bűncselekményének alakulása Magyarországon, Jogtörténeti tanulmányok, 1983. vol. 5. issue 5. 97-113.

Kahler Frigyes: Adalékok a XVI. századi pénzhamisítás kérdéséhez, Múzeumi Kurír: A Hajdú-Bihar Megyei Múzeumbarátok Köre körlevele, 1971. issue 5. 35-40.

Kahler Frigyes: Középkori pénzhamisításunk kérdéséhez (III., befejező rész), Numizmatikai közlöny, 1981. (vol. 80-81.) issue 1. 79-84.

Kahler Frigyes: Pénzhamisítás és hamispénz-forgalmazási ügyekben folytatott bírói gyakorlat a XIX. század első felében Debrecenben, Publicationes Universitatis Miskolcinensis. Sectio Juridica et Politica, 1994. Tomus 9. 61-112.

Koncz Ákos: Debreczen város régi büntetőjoga és ennek alkalmazása a különböző bűnesetekben, Debrecezn Szabad Kir. Város Könyvnyoma-vállalata, 1913. 25. 29.

Pénzhamisítás, mint titkos háború eszköze, Belügyi szemle, 1972. vol. 10. issue 8. 67-73.

The following archival records have been used:

MNL HBML IV B 156/b boxes 7-8-9

MNL HBML IV B 156/d box 9

[63] Case no. MNL HBML IV. B 156/b box 8 5537B703/1854.

[64] Kahler Frigyes (1994) cited above 62.

The Regulation of Criminal Defamation and Insult in Hungary between 1880–1979

Zoltán J. Tóth *

Abstract

This article is about the history of the regulation of defamatory criminal law delicts. It first describes how the first Hungarian penal code regulated defamation, insult and desecration, and gives a brief introduction to procedural issues closely related to the material law regulations as well. Then it follows the changes of the regulation of the delicts, starting with the modifying act in 1914 about the protection of reputation through the regulation about military criminal law to the provisions of the two penal codes (of 1961 and 1978) preceding the valid criminal law regulation. As it may be seen from this essay, Hungarian defamation law has been quite developed at the end of the 19th century, moreover, regarding its dogmatic elaboration it was among the most modern ones in Europe, and this leading role has not changed ever since; regarding the elaboration of criminal act violating reputation, human dignity and the good reputation of persons Hungarian legal regulation has been among the best in Europe.

Keywords: *defamation law; defamation; insult; desecration; history of crimes against human dignity in Hungary; Csemegi Code; Hungary.*

The first code codifying [1] substantive criminal law in Hungary (among them the defamatory delicts too) was act V of 1878, the Csemegi Code,[2] which entered into force on 1 September 1880.[3] It defined the crime of defamation and insult very much like the present Hungarian (moreover, similarly to the present European) [4] provisions. The code regulated these crimes in chapter XVII, named after these two specific crimes, within which defamation was regulated in articles 258-260, and insult in article 261.[5] According to article 258 any person, who in the presence of others, or to more than one individuals separately stated about someone else a fact which – should it be proven true – would form basis of the initiation of criminal procedure against its subject or would expose the victim to public condemnation [6] was guilty of defamation and had to be punishable

* Zoltán J. Tóth, Associate professor, Department of Legal History, Jurisprudence and Canon Law, Faculty of Law, Károli Gáspár University of the Hungarian Reformed Church, Budapest, Hungary.

1 The preparations of the codification began in 1873. Károly Csemegi, who coordinated the codification and determined the structure and the main content of this code, made several drafts until the Hungarian Parliament adopted the bill in 1878. [Cf.: Balogh, Ágnes – Tóth, Mihály (eds.): Magyar büntetőjog (Hungarian penal law). Osiris, Budapest, 2015, p. 50].

2 The code was based on, primarily, the thoghts of the so-called „classical school". [Cf.: Földvári, József: Magyar büntetőjog (Hungarian criminal law.). JPTE, Pécs, 1995, p. 28].

3 The act XL of 1879 on petty offences came into effect at the same time. These two codes together covered the provisions regarding criminal activities. [Cf.: Blaskó, Béla: Magyar büntetőjog. Általános rész. (Hungarian Criminal Law. General Part.) Rejtjel, Budapest – Debrecen, 2010, p. 58.] For the XL of 1879 on petty offences see in detail: Mezey, Barna (ed.): Magyar jogtörténet (Hungarian legal history). Osiris, Budapest, 1999, pp. 316-319.

4 For the modern European practice, see in detail: Tóth J., Zoltán The regulation of defamation and insult in Europe. In: Koltay, András (ed.): Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression. Budapest, Wolters Kluwer, 2015. 487-517. In Europe, the most states from the so-called continental legal systems retain the possibility of penal sanction for defamatory acts, while in the common law systems (even in Great Britain) this has been abolished (they retain it only in civil law cases). [In England, Wales, and Northern Ireland the Coroners and Justice Act 2009 abolished the defamatory criminal law delicts in 2009 – after blasphemous libel was abolished by the Criminal Justice and Immigration Act in 2008 (cf.: Ilias Trispiotis: The Duty to Respect Religious Feelings: Insights from European Human Rights Law. 19 Columbia Journal of European Law, 3 (2012–2013) 534, footnote 104). In Ireland, the Defamation Act 2009 also abolished the penalisation of common law crimes regarding defamation, as well as the practical applicability of blasphemous defamation ('publication or utterance of blasphemous matter'), while the latter remained punishable only in such a narrow field that its practical use seems to be questionable. (See Katherine A. Rollinson: An Analysis of Blasphemy Legislation in Contemporary Ireland and Its Effects upon Freedom of Expression in Literary and Artistic Works. 39 Syracuse Journal of International Law and Commerce, 1 (2011) 200–201)].

5 Both these crimes' legal matter was the *honour*. This concept covers, on the one hand, the reputation, and, on the other hand, the self-esteem of persons. The honour is, according to the famous criminal lawyer Pál Angyal, „the person's moral value in society" [cf.: Angyal, Pál: A magyar büntetőjog tankönyve. II. – Különös rész. (Coursebook of the Hungarian criminal law. II. – Special part), Athenaeum, Budapest, 1915, p. 268.] However, special or general definitions of the aim(s) of punishment were not set in the Csemegi-code. [Cf.: Görgényi, Ilona et al.: Magyar Büntetőjog (Hungarian criminal law). CompLex, Budapest, 2007, p. 49].

6 It is eligible for the victim to be exposed to public condemnation if, for example, the traducer states that a butcher sells spoiled meat or a doctor did not recognize a patient's illness; if the slanderer claims a married person cheated on his or her spouse; if a libeller distributes false information about somebody's suicide; etc. [See in detail: Fayer, László: A büntetőjog kézikönyve. Második kötet. (Handbook of the Hungarian Criminal Law. Book II.) Franklin-Társulat, Budapest, 1905, p. 114].

by imprisonment not exceeding six months and by a fine not exceeding 500 HUF. According to article 259 defamation had to be punishable by imprisonment not exceeding one year and by fine not exceeding 1,000 HUF if: the defamer published or spread its statement on a publication or on a publicly exhibited picture description; and based on article 260 any person who accused someone else in front of any authorities with a crime, should this accusation prove to be false and the crime of perjury (defined in article 227) had not been committed, was guilty of defamation and had to be punishable by imprisonment not exceeding one year. Regarding insult: "Any person who uses expression or takes humiliating actions towards someone else, if article 258 is not applicable, is guilty of insult and shall be punishable by fine not exceeding 500 HUF; - if the humiliating expression was published or spread in a way described in article 259: the punishment shall be imprisonment not exceeding 3 months and fine not exceeding 500 HUF. If the act includes bodily harm: the relevant provision shall be applicable".[7] It may be seen from the norm that the basis of differentiation between defamation and insult is essentially the statement of fact/opinion; and, secondly, a statement made in front of one person does not amount to defamation (contrary to the presently valid regulation); thirdly, in the Csemegi Code the qualified form of perpetration of defamation and insult is perpetration in front of the large public;[8] fourth, the protected subject is not so much the self-esteem of the person but its social appreciation (good reputation); fifthly, the differentiation between physical insult and simple battery is the same as in the presently valid Penal Code.[9] (Important difference though is that article V of 1848 sanctioned only crimes committed against natural persons, those committed against legal persons not, except for certain authorities and some legal persons governed by public law /e.g. the parliament/ – in case of the latter ones the criminal procedure was initiated ex officio[10], not upon private motion.) In addition to this act V of 1848 separately ordered the punishment of the crime of insulting the king[11] and of the members of the royal family.[12] Finally, article 273 of the Csemegi Code punished desecration with clear referring disposition, like the presently valid Penal Code.[13]

It is also very important that the Csemegi Code regulated the possibility and success of justification (*exceptio veritatis*) very similarly to the principles elaborated by the present judicial practice: In case of defamation or insult it wass allowed to verify the truth of the stated fact or expression if: 1. the victim was a public officer or member of authority and the statement or expression was related to his performance of duties; 2. the criminal procedure had already been initiated due to the stated fact before the statement of the fact; 3. the validity of the stated fact was proclaimed in a judgment; 4. the victim approved of the justification at the court; the accused proved that the aim of the statement was to protect or promote public interest or just private interest; 4. the justification of the statement or expression shall resulted in the impunity of the accused.[14] As per the justification of the statement or expression, it was not allowed, not even upon the request of the victim if: 1. defamation or insult was committed against one of the persons listed in article 272;[15] 2. if the statement or expression referred to an action which might be subject to criminal procedure only upon the request of the victim, and the victim had not submitted such request or had withdrawn it; 3. if final acquittal or termination judgment was delivered about the stated fact; 4. and, finally, if the statement or expression was related to family relationships or violated female honour.[16] The justification of the public knowledge characteristic of the fact was not allowed either.[17]

It was not allowed to initiate criminal procedure due to defamation and insult, if the fact or humiliating expression was stated

[7] Article 261.

[8] "Public defamation or insult committed against legally established bodies, authorities or their delegations or members, though not by publication: shall be punished by imprisonment not exceeding 1 year and fine not exceeding 2,000 HUF." This means that the code ordered more severe punishment for defamation and insult against official persons than against private persons.

[9] According to article 301 of the Csemegi-code:
"Anyone who hurts the body of someone else intentionally, but without any intent to kill, or harms the victim's health, if the injury, illness or insanity lasted for more than 20 days: shall be punishable for the felony of aggravated battery, - if lasted for less than 20 days, but for more than 8 days: shall be punishable for the misdemeanour of aggravated battery, - and if did not last for more than eight days, shall be punishable for simple battery." This means that if there is bodily harm or deterioration of health, it amounts to simple battery, while if there is no injury, but physical insult was committed, it amounts to insult.

[10] See: Act V of 1878 articles 269 and 271.

[11] "Anyone who insults the king: shall be punishable by imprisonment not exceeding two years and loss of office. Anyone who commits the insult through the spread or publication of document, form or graphic representation: shall be guilty of misdemeanour and shall be punishable by imprisonment not exceeding 3 years and loss of office." (Act V of 1878 article 140).

[12] Anyone who insults any member of the royal family: shall be punishable by imprisonment not exceeding one year; anyone who commits the insult through the spread or publication of document, form or graphic representation: shall be punishable by imprisonment not exceeding 2 years. (Act V of 1878 article 141).

[13] "Defamation or insult directed against dead persons shall be punishable in line with the provision of this chapter." Regarding the procedural rules related to desecration: "The initiation of the criminal procedure, however, shall be the right of the deceased's children, parents, siblings or spouse. This rule shall be applicable also: if at the time of committing the defamation or insult the victim was alive but did not initiate the start of criminal procedure before his/her death."

[14] Act V of 1878 article 263. Besides these, the simple vulgarity, blatancy or incongruity (as opposed to the contemporary German standpoints, especially as opposed to Josef Kohler's opinion) could not be qualified by the judge as insult. (Cf.: Angyal, op. cit., p. 297).

[15] These are the following: "foreign ruler or president of a state"; and "the ambassador or acting agent of a foreign state recognised by His Highness".

[16] Act V of 1878 article 264. According to the non-official commentary on the Csemegi Code, "an enlightened legislation cannot let a detractor of a woman's honour blemish the solemn dignity of a courtroom presenting his filthy statements about the accused woman's moral state". [Cf.: Edvi, Illés Károly: A büntetőtörvénykönyv magyarázata. Második kötet. (Commentary on the Penal Code. Book II.) Révai, Budapest, 1894, p. 333).

[17] Act V of 1878 article 265.

or used in ongoing procedure of the authority, about the case or the clients at a hearing, orally or in writing; or if the insulting consequences originated from facts or circumstances. Nevertheless this did not exclude either disciplinary procedure against lawyers or notaries public or the application of measures defined in other acts for the retribution of defamatory or insulting expressions.[18] Moreover, if due to the stated fact criminal or disciplinary procedure had been initiated before the court that delivered final judgment regarding defamation or insult, then the latter procedure had to be suspended until the end of the ongoing criminal or disciplinary procedure.[19] Finally, the procedural rules were similar to the present ones too: except for authorities and legal persons governed by public law, and their members,[20] defamation and insult was punishable only upon private motion[21] (and complaint of diplomats).[22] Separate rules applied for mutual defamation and insult[23], defamation perpetrated through false accusation[24] and the private law legal consequences applicable in criminal procedure;[25] some of these were confirmed and supplemented later by act XXXIII of 1896 on the code on criminal procedure (herein after referred to as: Bp.).[26]

After the start of World War I the provisions about defamatory acts of the Csemegi Code were repealed by act XLI of 1914 on the protection of honour (herein after referred to as: Bv.)[27] With this act the regulation of defamation and insult got closer to the presently valid regulation. According to article 1, any person who in front of other person stated or spreaded a fact which in case of its validity may ground the initiation of criminal or disciplinary procedure against the subject or exposed the person to public condemnation, was guilty of defamation, and according to article 2, any person who used humiliating, degrading or disgracing expression or commited such action, unless article 1 was realised, had to be punished for insult. This regulation, contrary to the Csemegi Code, did not require the defamation to be committed in front of more than one persons, it was enough if the perpetrator committed the crime in front of one person, other than the defamed; the act of perpetration was revised, in addition to the statement of fact the spreading, i.e. the transfer of information heard from others, and the use of any expression directly referring to the fact[28] was enough to fulfil the provisions of the act; the crime of the verbal insult was – just like today – divided into two forms, the crimes committable with oral expressions and the other acts (realised with – among others – mocking mimic, movements, gestures); furthermore, from then on insult did not cover only acts outside of the statement of facts (statement and spread), but also those which could not be sanctioned as defamation, but their character was insulting (for example, they were not considered defamation because they were perpetrated only in front of the victim, not in front of other persons).

Qualified forms of defamation: if the act was performed through the press or otherwise publicly; if the victim was legally established body or committee or its member, authority, public officer, legally recognised or acknowledged religious group's priest and the insult is targeted to their professional activities; if the act was committed with malicious motive;[29] it was more severely punishable if the victim was legally estab-

[18] Act V of 1878 article 266.

[19] Act V of 1878 article 267.

[20] Cf.: Act V of 1878 articles 269, 270 and 271.

[21] "The perpetrator of crimes defined in this chapter shall be prosecuted only upon private motion of the victim." (Act V of 1878 article 268).

[22] Cf.: Act V of 1878 article e272.

[23] "In case of mutually committed defamation or insult, unless the criminal procedure initiated upon the motion of one of the parties has been completed, the other party has the right to initiate criminal procedure due to the acts suffered, even beyond the lapse of time. (article 112)" (Act V of 1878 article 274) "In case of immediately returned mutual insult the court may, in addition to the declaration of guilt, exempt any or both parties from punishment." (Act V of 1878 article 275) It was a curiosity that the other party's right to initiate criminal procedure was regardless of whether there was a causal link between the two acts. (Cf.: FAYER, op. cit., p. 143).

[24] "If the criminal procedure was initiated by the private person (article 113) and the motion has been withdrawn or the accused was acquitted in final judgment; the latter one, in lack of perjury, may initiate criminal procedure for defamation against the accuser within three months starting on the day of withdrawal or acquittal." (Act V of 1878 article 276).

[25] "In case of condemnation for defamation or insult it shall be ruled upon the request of the victim: that he judgment, together with its reasoning shall be published at the cost of the perpetrator in a local journal in the area where the crime was perpetrated, or if there is no such journal, in a domestic journal selected by the victim. This request shall be made during the trial. If the criminal act was committed in a periodic journal: the judgment, together with its reasoning shall be published on the front of the first edition following the proclamation or delivery of the final judgment." (Act V of 1878 article 277).

[26] Cf.: Bp. articles 23 and 71. Act XXXIV of 1897 on the execution of the code on criminal procedure settled competence issues (article 16) – in some cases the tribunal, in some cases the jury had the competence. These provisions and the ones on the press were detailed, clarified and modified by act XIV of 1914 on the press. (articles 43-46).

[27] In the era of the "historical constitution" preceding the written constitution the repeal of laws was not a general practice (it was not needed), as any latter law containing different provisions than the former one automatically annulled the relevant former law (material derogation) – an important exception from this practice was the Csemegi-code, which expressly stated that "when this act enters into force, the contrary laws, rules and practice shall be considered invalid" (article 485). Nowadays this would not be sufficient, because according to article 10 paragraph (1) of act CXXX of 2010 on legislation repeal or modification shall be expressly declared (formal derogation), otherwise the relevant provision remains in force. (Cf. e.g.: JAKAB, András – SONNEVEND, Pál: Kontinuitás hiányosságokkal: Az új magyar Alaptörvény [Continuity with deficiencies: The new Hungarian Fundamental Law], 126, note 18. In: FEJES, Zsuzsanna – KOVÁCS, Endre Miklós – PACZOLAY, Péter – TÓTH J., Zoltán: Állam és jog: Kodifikációs kihívások napjainkban. [State and Law: Present codification challenges] Szeged-Budapest, Magyar Jog- és Államtudományi Társaság – Gondolat, 2013, pp. 117-154).

[28] As it may be seen, this latter one was not included into article 1 defining the notion of defamation, but it is stated in article 13 on justification; this means that based on contextual interpretation this behaviour amounted to a crime too. (Cf.: article 13: "In case of defamation or insult the justification of the stated or spread fact, as well as of the expression directly referring to a fact may be possible solely… upon the motion of the accused").

[29] Bv. article 3.

lished body or committee or its member, authority, public officer, legally recognised or acknowledged religious group's priest and the insult is targeted to their professional activities through the press.[30] Qualified forms of insult: if the insult was remarkably rude, or if the victim was legally established body or committee or its member, authority, public officer, legally recognised or acknowledged religious group's priest and the insult was targeted to their professional activities;[31] it was more severely punishable if the victim was one of the before mentioned persons and the insult was targeted to their professional activities through the press.[32] As main rule, this act also stated that the perpetrator was liable for the offence upon the victim's private motion or complaint of diplomats; while crimes against authorities and their members, and certain public law persons was punishable upon authorization from their bodies, organs and superiors;[33] it also ruled about mutual insults[34] and insult committed upon the provocation coming from the victim.[35]

The Bv. ruled about the possibility of justification, the success of justification and the legal consequences of unsuccessful justification similarly to the Csemegi Code and the presently valid Hungarian regulations. According to article 13 in case of defamation or insult the justification of the stated or spread fact, as well as the expression directly referring to a fact may was possible only upon the motion of the accused and only in the following cases: 1. if the statement, the spread of the fact or the use of the expression happened in order to promote, safeguard of protect public interest or justified private interest, 2. if criminal or disciplinary procedure has been initiated due to the given fact; 3. if the given fact was considered true in a final decision of a criminal court, provided that the statement, the spreading or the use of the expression was not used in order to make harm. However, in lack of these conditions justification had to be ordered if it was requested by the victim as well.

Furthermore, this article ordered the punishment of defamation in front of authority (*calumnia*), which could be perpetrated by anyone who "accuses someone in front of an authority with the perpetration of criminal or disciplinary act without proper factual grounds, if the accuser was negligent and the accusation proves to be false".[36] Obviously, if the accusation proved to be true, the perpetrator was not punishable; however, if the accusation did not prove to be true, and the perpetrator intentionally accused the victim of the perpetration of criminal or disciplinary act in front of the authority, the perpetrator realised the crime of perjury, according to the rules of the Csemegi Code.[37] The Bv. also ordered the punishment for misdemeanour of anyone who "desecrates any dead person or his/her memory". According to article 22 this act could be perpetrated by – just like today's desecration – anyone who desecrated any dead person or his/her memory (e.g. mutilated the body, ravaged or contaminated the grave, etc.). Within the scope of crimes violating good reputation (i.e. in act XLI of 1914 discussed herein) the misdemeanour of libel may also be found, which rather endangered property-economic interests than honour.[38] Finally, it is interesting that after justification the judgment of the criminal court contained civil law sanction (the order to publish rectification); if the press organ in which the original publication was published did not comply with the judgment, it was considered minor offence and was punishable by fine.[39,40]

Act II of 1930 on the military penal code (herein after referred to as: Kbtk.) also regulated two defamatory delicts (this means therefore that in this regard not act V of 1878 and act XLI of 1914, but the Kbtk. was applicable). Therefore the military delict of insubordination could be perpetrated also by the soldier who failed to show "proper request" towards his commander or superior, if this was realised though defamatory or insulting act. However, these acts – like defamation and insult – were punishable only upon the request of the commander or the superior, and the soldier (just like any private person) was not punishable if the fact was proved to be true (if justification was allowed).[41] But defamation and insult were punishable also conversely, i.e. if the soldier committed it against a subordinate,[42] including the physical form of insult.[43] Those discussed about the need for

[30] Bv. article 5.
[31] Bv. article 4.
[32] Bv. article 5. We do not focus on penalties, as they do not have much relevance for our topic.
[33] Cf.: Bv. articles 8-12 (Section 3 of article 8 was later amended by article 176 of act II of 1939 on national defence).
[34] "In case of mutually committed defamation or insult, unless the criminal procedure initiated upon the motion of one of the parties has been completed by the court of first instance, the other party has the right to initiate criminal procedure due to the acts suffered, even beyond the relevant deadline (Btk. article 112), unless the statute of limitation prohibits criminal procedure (Btk. article 106)." (Bv. article 7) "In case of immediately returned mutual insult the court may, in addition to the declaration of guilt, exempt any or both parties from punishment." (Bv. article 19).
[35] "If insult was committed upon the illegal, provocative or flagrant behaviour of the victim, the court may declare the guilt of the accused with exemption from punishment." (Bv. article 18).
[36] Bv. article 20.
[37] Cf.: Act V of 1878 article 227.
[38] "Anyone who by stating or spreading false fact or uses a false expression directly referring to a fact endangers the credit or reduces the credibility of anyone." (Bv. article 24).
[39] Cf.: Act V of 1878 article 32.
[40] The examined article – in line with the codification practise of the time – contained procedural provisions next to the material law ones (Bv. articles 27-31), but we do not discuss them herein.
[41] "Due to the lack of respect insubordination shall not be judged if it was realised with an act which otherwise would have been defamation or insult and the accused proves the truth of the stated or spread fact or the expression directly referring to a fact. However, conviction for insubordination shall not be excluded if from the form or circumstances of the statement of fact or the use of the expression it shows that respect was neglected wilfully. Regarding the limits of justification articles 13-15 of act XLI of 1914 on the protection of honour shall be applied accordingly. Justification is prohibited also if it would endanger the interest of military service." (Ktbtk. article 69).
[42] Ktbtk. article 127.
[43] Ktbtk. article 126.

the victim's motion (or more precisely, authorization) and justification regarding the insubordination shall be properly applicable in this case too, therewith that "if the insult was committed due to the provocative or flagrant behaviour of the victim, the court may acquit the accused after declaring his/her criminal responsibility".[44] The executing law of the Kbtk., i.e. "article III of 1930 on the execution of the military penal code and the related modification and amendment of certain provisions of general criminal acts" amended the material law regulation of 1914 with one minor provision: it declared defamation a felony if "it was committed by an officer (or similar) against officer (or similar) and in case the stated or spread fact was proven to be true, it would show despicable characteristic or feelings", or if the insult "was committed by an officer (or similar) against officer (or similar) and the insult is extremely rude".[45]

After World War II, in the era of the republic act VII of 1946 on the protection of the democratic state[46] amended the rules of 1914 with provisions about defamatory acts targeted against the president of the republic. On the one hand, it ordered the punishment of physical insult directed against the president of the republic as felony,[47] and, on the other hand it prohibited justification during the office term of the president of the republic, or regarding defamation and insult committed after the expiry of the office term about the performance of its former presidential activities (and stated that in such cases criminal procedure had to be initiated ex officio).[48]

The Kbtk. of 1930 of the Horty-era was replaced by a new military penal code (act LXII of 1948) which in the field of military criminal law regulated defamatory and insult behaviours more detailed than before. It separately ordered the punishability of insult and defamation directed against the commander or the superior,[49] which was considered insubordination.[50] Regarding this act – due to the interests of the army, not of the private person – justification was more limited than in the Bv.[51] (which, by the way, remained in force and it was still applicable in all issues not regulated by the new Kbtk., also in military matters).[52] The "defamation of commander or superior in front of authorities" – a behaviour punishable not only in military criminal law – was also considered insubordination,[53] as well as "perjury against commander or superior", physical insult against superior ("physical insult against commander or superior").[54] Within crimes against military guard, the act punished insult or defamation against the guard;[55] and within the "crimes committed by the superior", the act also punished "insult and defamation against the subordinate".[56]

Act V of 1961, the second full-scope Penal Code[57], which replaced the special part of the Csemegi Code[58] and which was in force between 1962 and 1979, regulated defamation,[59]

---

[44] Ktbtk. article 129.

[45] Act III of 1930 article 89.

[46] The aim of this act was admittedly to expand the applicability of the pure political aspects of criminal law. (See e.g.: MEZEY: op. cit., p. 353).

[47] Act VII of 1946 article 7 paragraph (1).

[48] Act VII of 1946 article 7 paragraph (2).

[49] Act LXII of 1948 article 53.

[50] "Insult or defamation committed by a soldier against its superior or subordinate shall be considered insubordination and shall be punishable by imprisonment not exceeding 1 year, or not exceeding 5 year, in more serious cases." [Act LXII of 1948 article 53 paragraph (1)].

[51] "Justification shall not be allowed if at the time of the commission of the crime the commander or superior present was on duty and the perpetrator had knowledge of this, and if justification would endanger the interests of military service." [Act LXII of 1948 article 53 paragraph (3)] However, justification of the stated or spread fact or expression directly referring to the fact shall not exclude conviction for insubordination if from the form or circumstances of the statement of fact or the use of the expression it shows that respect was neglected wilfully." [Act LXII of 1948 article 53 paragraph (4)].

[52] The application of the provisions of act XLI of 1914 on the protection of honour (Bv.): "Unless this act regulates otherwise, in case of insubordination regulated in article 53 the provisions of the Bv. and its amendments and modifications shall be applicable accordingly." (Act LXII of 1948 article 54).

[53] "The soldier who commits defamation in front of authority against his commander or superior (Bv. article 20) shall be guilty of insubordination and shall be punishable by imprisonment not exceeding 2 years." (Act LXII of 1948 article 55).

[54] "The soldier who physically insults his/her commander or superior, uses other form of force against it or threatens it seriously, is guilty of insubordination and shall be punishable by imprisonment not exceeding 5 years, or not exceeding 10 years, in more serious cases" [article 57 paragraph (1)] "If the physical insult or other form of force was committed against the superior in wartime, the punishment shall be death." [Act LXII of 1948 article 57 paragraph (2)].

[55] "Insult or defamation against guard": "Any insult or defamation committed against the guard by the soldier shall be considered misdemeanour committed against military guard, and shall be punishable by imprisonment not exceeding 1 year, or not exceeding 5 year, in more serious cases." [Act LXII of 1948 article 65 paragraph (1)].

[56] "Insult or defamation against subordinate": "Any insult or defamation committed by the soldier against its subordinate shall be considered abuse of authority and shall be punishable with imprisonment not exceeding 6 months, or not exceeding 3 years, in more serious cases." [Act LXII of 1948 article 73 paragraph (1)] Justification shall be limited with regard to the interests of the army – just like in case of insult and defamation committed against the commander or the superior, therefore it is not allowed if it would endanger the interests of the military service. [Article 73 paragraph (3)].

[57] The codification process started already in 1954. [Cf.: BÉKÉS, Imre: A magyar büntetőjog fejlődése (The history of the criminal law in Hungary), p. 45. In: BÉKÉS et al.: Magyar büntetőjog (Hungarian penal law), BM Könyvkiadó, Budapest, 1980, pp. 34-38.] The act was promulgated on 22 December 1961, and it was executed by decree law 10 of 1962 on 1 July 1962. Eventually it was repealed by the entry into force of the Penal Code of 1978 on 1 July 1979, as result of the provisions of decree law 5 of 1979 on the entry into force and execution of act IV of 1978 on the Penal Code.

[58] The general part of the Csemegi-code was invalidated by act II of 1950 (Btá.) while the specific part remained in force until the entry into force of act V of 1961.

[59] "Any person who in front of other person states or spreads any fact which may be suitable to injure reputation or uses expression directly referring to such fact shall be punishable with imprisonment not exceeding 6 months or corrective labour not exceeding 1 year. (2) The punishment shall be imprisonment not exceeding 1 year, if the insult was committed for *a)* malicious motive, *b)* through the press or multiplication or otherwise in front of the large public, or *c)* it resulted in serious disadvantage." As it may be seen from the before mentioned, the "malicious motive" was not qualifying circumstance yet; and the definition of "wide public" was not left to any interpretation provision or jurisprudence, but it was part of the norm text; furthermore, instead of "significant violation of interest" act V of 1961 used the notion of "serious disadvantage".

insult[60] and desecration (in the text of the act: „desecration of dead person or his/her memory")[61] practically in the same way as the presently valid rules. The only significant difference was that it did not specify physical insult, but considered it part of other acts suitable for harming reputation and if also fell within the qualified form of perpetration in a "significantly rude way". In addition to this the scope of the qualified forms of insult were broader than today.[62] Rules about justification,[63] on private motion[64] and complaint of diplomats[65] were same as today. The material rules of the Penal Code of 1961 were supplemented by decree law 8 of 1962[66] which stated that in case of – among others – defamation and insult, if criminal procedure may be started only upon private motion, the victim shall submit the charges – as private prosecutor[67] – while if it shall be started only upon complaint of diplomats, the charges shall be submitted by the prosecutor.[68] The Penal Code also contained procedural regulations for mutually committed defamation and insult; it stated that "in the criminal procedure initiated due to a crime committed against one of the parties, before the start of the closed meeting preceding the delivery of the first instance court decision, the other party shall be entitled to file a private motion even if the relevant deadline has passed, provided that punishability has not expired".[69] Act I of 1973 on criminal procedure only clarified the former rules.[70]

Finally, it shall be mentioned that the Penal Code of 1961 introduced, as new legal institution, the crime of "insult of authority or official person"[71] which was established to protect the dignity and honour of the subjects, by punishing defamation and insult committed against them.[72] Except for the latter provision both the Penal Code of 1978 (act IV of 1978) and the presently valid Penal Code (act C of 2012) which entered into force on 1 July 2013 have similarly regulated defamation, insult and desecration,[73] and the latter one introduced some new delicts, which cannot be examined in details in this essay for reasons of brevity.[74] It may be concluded that the Hungarian regulation of defamatory crimes was very modern at the end of the 19th century, and during the validity period of act V of 1961, i.e. between 1962 and 1979 it fully complied with the present modern requirements, save one provision.

[60] "Any person who, except for cases regulated in article 266, uses expression or act which is suitable to injure reputation shall be punishable by fine." [Act V of 1961 article 267 paragraph (1)].

[61] "The desecration of the deceased or its memory shall be punishable accordingly, as regulated in articles 266 and 267, with the punishment defined therein." (Act V of 1961 article 268).

[62] Article 267 paragraph (2) "The punishment shall be imprisonment not exceeding 6 months or corrective labour not exceeding 1 year, if the insult was committed for *a)* malicious motive, *b)* in extremely rude way, *c)* through the press or multiplication or otherwise in front of the large public, or *d)* it resulted in serious disadvantage."

[63] "Any person charged with the criminal offenses defined in Sections 266-268 shall not be prosecuted if there is conclusive evidence that the publication claimed as defamatory are proven to be accurate. However, justification shall apply only where the statement or spread of defamatory fact or the use of any expression directly referring to such happened for reasons of public interest or by the lawful interest of any person." (Act V of 1961 article 269).

[64] The only difference regarding desecration acts was in the scope of persons eligible to file the private motion: at this time only the relatives of the deceased person were eligible to act, the heirs were not.

[65] Act V of 1961 article 270.

[66] The decree law was executed by Decree of the Minister of Justice 4/1962 (VI. 14.) on 1 July 1962, the same day as the execution day of the Penal Code.

[67] Decree law of 1962 article 32 paragraph (1).

[68] Decree law of 1962 article 34 paragraph (3).

[69] Decree law of 1962 article 29 paragraph (2).

[70] "Section 54 (1) In the case of an assault, invasion of privacy, violation of secrecy of telecommunication, of correspondence, insult, defamation and irreverence prosecution shall be represented by the victim as a private prosecutor, provided that the offender may be prosecuted by private motion. (2) In the event of the death of a private prosecutor he may be replaced by a relative within 30 days. (3) The victim which filed report regulated in article 29 paragraph (2) of the Penal Code shall act as recriminator. The provisions of the act regulating private prosecutor shall apply to the recriminator accordingly."

[71] Articles 158-159.

[72] The later version of this, regulated by the Penal Code of 1978 was abolished by Decision 36/1994. (VI. 24.) AB of the Constitutional Court within the institutional framework defined by the rule of law.

[73] For the details and for the relevant court and constitutional court jurisprudence see: Tóth J., Zoltán: A rágalmazás és a becsületsértés Európában és Magyarországon [Defamation and insult in Europe and in Hungary], 425-485, In: Koltay, András – Török, Bernát (eds.): Sajtószabadság és médiajog a 21. század elején 2. [The freedom of the press and media law at the beginning of the 21st century 2] Budapest, Wolters Kluwer, 2015, 377-487.

[74] Since 1 January 2012 the "degrading treatment of vulnerable person" shall be punished as a crime against human dignity and reputation. Act CL of 2011 amended the old Penal Code of 1978 with this crime as its article 180/A, and the new Penal Code (act C of 2012) repeated the wording in its article 225 one and a half years ago (amending it with a new qualified form). According to both penal codes [old Penal Code article 180/A paragraph (1); new Penal Code article 225 paragraph (1)] any person who exhorts another person by exploiting his vulnerability to engage in conduct to humiliate himself is guilty of a misdemeanour punishable by imprisonment not exceeding one year, insofar as the act did not result in a more serious criminal offense. Act CLXXVIII of 2013 supplemented the new, valid Penal Code with crimes such as „ production of sound or video recording of a defamatory nature" (article 226/A) and „publication of sound or video recording of a defamatory nature" (article 226/B) which shall be punishable from the entry into force of the modifying act, i.e. 16 November 2013. Finally, the "insult of authority" (old Penal Code article 356, new Penal Code 447) and the "insult of subordinate" (old Penal Code article 358, new Penal Code 449), which are regulated among military crimes shall also be considered defamatory delicts. (For the latter ones see: Tóth J., Zoltán: A büntetőjogi rágalmazás és becsületsértés [Criminal defamation and insult]. Médiatudományi Intézet, Budapest, 2017, 120-123.

Ein Vergissmeinnicht in der ungarischen Rechtsgeschichte – erster Entwurf von József Eötvös

(A Forget-Me-Not in the Hungarian History of Law – First Draft of József Eötvös)

*Kinga Rigó**

Abstract

Baron József Eötvös (1813-1871) was a famous Hungarian statesman and writer, who has had the possibility to be two times the minister for religion and public education in Hungary (in 1848 and between 1867-1871). He drafted two proposals to the Hungarian Parliament concerning the legal questions of higher education, none of them were accepted.

My study is dealing with the first draft of Eötvös, which is about the fundamental regulation of the Hungarian University (there was only one university in the Kingdom of Hungary at that time). It is dealing with organisational questions, administrative issues, and with the jurisdictional competence of the university as well. This draft contains a „little criminal code" within, with crimes, punishments and procedures as well, what gives us a very interesting overview about the everyday life of the university and of the imagination of Eötvös as well.

It is interesting to know, that there is only one copy of this draft in Hungary: it can be found in the University Library of ELTE and it is connected to the Student Plan of 1823-1848.

Keywords: *Baron József Eötvös; Hungarian University; history of the universities; history of public administration; history of education management; history of the Hungarian law; jurisdiction of the universities; jurisdiction of the Hungarian University.*

„Was ist die Tiefe der Universität, die in dieser Krise wieder sichtbar werden will? Hinter der der Universität steht als bestimmende Ordnung und Wesen gebende Tiefe nicht Wissenschaft: sondern Wissenschaftlichkeit…Hinter der Universität steht die Pflicht zur absoluten Wissenschaftlichkeit – und die Würde einer solchen Pflicht…„[1]

Im XIX. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des XX. Jahrhunderts hat das ungarische Ministerium für Allgemeinbildung und Religion unter József Eötvös (1948) und (1967-1972) und dann unter György Lukács (1905-1906), die als Minister für Allgemeinbildung und Religion tätig waren, 3 verschiedene Entwürfe über das Unterrichtswesen erarbeitet, zuerst den die ungarische Universität, und dann in 1869 und 1906, die die ungarischen Universitäten betreffenden.[2]

Das Motiv der Kodifikation war die Erlassung des ersten ungarischen Universitätsgesetzes,[3] wodurch das Minister für Allgemeinbildung und Religion auch eine Bevollmächtigung zur Vorbereitung weiterer Universitätsregelungen erhielt.

József Eötvös begann nach Erteilung dieser Bevollmächtigung die Arbeit an der Grundordnung der ungarischen Universität.[4] Aus weiteren Gründen konnte dieser Entwurf nicht akzeptiert werden, aber der Text ist trotzdem ein sehr interessantes Dokument über die Konzeption von Eötvös, und auch über das Leben in der Universität.[5]

Der Entwurf ist schon auch aus dem Grund interessant, dass es nur ein Exemplar von dem Dokument in Ungarn vorzufinden ist, und auch dieses ist weder mit einem Stempel versehen, noch unterschrieben, ist einfach in der Universitätsbibliothek zu dem Studienplan 1823-1848 beigefügt worden. Auf dieser Weise kann man also nicht ganz sicher sein, ob dieser Entwurf der von Eötvös ist. Die Tatsache, dass er zu dem Studienplan 1823-1848 behaftet ist, kann kein Zufall sein. In diesem Zeitalter – und auch später – sind die Vorlagen des Ministeriums normalerweise von der Universität durchgelesen um begutachtet worden. Dasselbe geschah wahrscheinlich auch mit der Vorlage von Eötvös. Trotzdem gibt es noch weitere Fragen, wie zum Beispiel wieso wir nicht die ganze Vorlage haben, aus welchem

* Dr. Kinga Rigó, Doktorandin, Lehrstuhl für ungarische Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät, Eötvös Loránd Universität, Budapest, Ungarn.

1 Ernst Anrich: Die Idee der deutschen Universität und die Reform der deutschen der deutschen Universitäten, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstatt, 1962., 4-5. p.

2 Man muss bemerken, dass Ágoston Trefort und Gyula Oláh auch Entwürfe noch dazu in dem XIX. Jahrhundert herausgearbeitet hat. Diese Entwürfe müssen aber in einen anderen Beitrag darlegen werden.

3 Gesetz Nr. XIX. von 1848 über die ungarischen Universität 3.§, http://1000ev.hu/index.php?a=3&param=5287

4 Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet)

5 https://hu.wikipedia.org/wiki/E%C3%B6tv%C3%B6s_J%C3%B3zsef_(%C3%ADr%C3%B3)

Grund kein Begleitbrief vorhanden ist, oder warum wurde es zu dem Studienplan 1823-1848 behaftet, und wieso ist es nicht im Archiv des Rektorates? Warum gibt es keinen Stempel auf dem Dokument, noch eine Unterschrift?

Natürlich können wir mehrere Möglichkeiten in Erwägung ziehen: vielleicht hatte die Universität nicht genug Zeit zur Begutachtung, weil die Revolution ausbrach und sie wollten mit dem Entwurf doch etwas machen – und das Dokument zu dem Studienplan 1823-1848 zu behaften schien eine gute Idee zu sein. Viele Professoren wurden nach der Revolution zur Verantwortung gezogen, und die ganze Vorlage und der Begleitbrief selbst konnte so in dieser schwierigen Zeit „vergessen" werden. Und wir können annehmen, dass das Fehlen des Stempels und der Unterschrift dienten demselben Zweck.

Die Beweise, dass der Entwurf ein Dokument der Eötvös-Kodifikation ist, sind weiterhin die folgenden Umstände: nach der Erlassung des Gesetzes Nr. II. von 1844. über die ungarische Sprache und Nationalität war man in der Lage, dem ungarischen Diät Entwürfe in ungarischer Sprache vorzubereiten. Der Entwurf in Frage ist in ungarischer Sprache, also das Dokument konnte nur zwischen 1844 und 1848 erarbeitet werden worden.

Außerdem ist es bekannt, dass vor 1848 die ungarische Diät sich nicht mit der Frage des Unterrichts. Das erste Gesetz über die ungarische Universität selber ist auch im 1848 erlassen worden. Also dieser Entwurf musste auch innerhalb des oben genannten Zeitraums im Jahre 1848 erarbeitet worden sein, in dem Jahr, in welchem der Minister József Eötvös war.[6]

Andererseits der Entwurf hat auch ein paar Fehler und Widerspruch (siehe später).

Wenn wir annehmen, dass der Entwurf Eötvös gehört, und den inhaltlich näher untersuchen, wir können feststellen, dass der Entwurf – die Grundordnung der ungarischen Universität selber – enthält 12 Kapitel und 296 Paragraphen, also es ist eine komplizierte und lange Vorlage. Aber wenn man ihn ein bisschen durchgelesen hat, ist es erkennbar, dass Eötvös nicht genug Zeit gehabt hat, alle Details herauszuarbeiten.

Wenn man die Kapitel durchliest, ist es klar, dass die 12 Kapiteln eigentlich nur 11 sind, weil eine fehlt: ein viertes Kapitel ist nicht in dem Text vorzufinden. Vielleicht es ist nur ein Nummerierungsfehler: weder der entsprechende Titel, noch der dazu gehörende Inhalt ist Teil des Textes. Darüber hinaus sind die 11 Kapiteln die folgenden: I. Über die Universität im Allgemeinen; II. Über den Direktor der Universität und die Universitätskommission; III. Über die Fakultät und den Personalbestand der Fakultät; IV. *fehlt;* V. Über Studenten und Mitgliedern der Universität; VI. Über das Lernen; VII. Über das Rigorosum und die wissenschaftlichen Leistungsprüfungen; VIII. Über das disziplinarische Amt der Universität; IX. Über das Lehramt und die Bildung des Klerikers; X. Über die Universitätsbibliothek; XI. Über das Universitätsrestaurant; XII. Über das Universitätskrankenhaus.

Die Fakultäten sind vollständig egal, und gehören in die Kompetenz des Ministers für Allgemeinbildung und Religion – sagt das erste Kapitel. Beide Bestimmungen waren wichtig und von Bedeutung: die Absolvierung der Fakultät der Geisteswissenschaften war jahrhundertelang die Eintrittskarte zum Besuch der anderen Fakultäten, die die Juristische, die Medizinische und die Theologische Fakultäten waren. Die Festlegung der Kompetenz des Ministers war auch eine sehr wichtige Neuheit.

Nach dem Entwurf waren die Mitglieder der Universität die ordentlichen, außerordentlichen, und honoris causa Lehrer, Lehrer der neuen Sprachen, Privatlehrer, die Beamten der Universität, und die registrierten ordentlichen Studenten. Es gibt über die außerordentlichen Studenten nur ein en Satz in dem Entwurf, und auch dieser Satz ist essentiell über den ordentlichen Studenten – und sagt nebenbei etwas auch über die „anderen" Studenten. Also was wir können über die außerordentlichen Studenten wissen: sie durften die öffentlichen Vorträge besuchen, aber die Störung des Vortrages durch sie war verboten. Wenn sie den Vortrag gestört haben, haben sie gleichzeitig dieses Recht verloren.

Die Universität hätte nach dem Entwurf sechs Fakultäten gehabt: die Juristische Fakultät (mit zwei Teil-Fakultäten: Rechtwissenschaft und Politikwissenschaft), die Medizinische Fakultät, Fakultät der Geisteswissenschaft (auch mit zwei Abteilungen: Geometriewissenschaft und Geisteswissenschaft, letztere hätte die Geschichtswissenschaften, die Philologie, und die Geisteswissenschaft umfasst), Fakultät der Katholischen Theologie, Fakultät der Protestantischen Theologie, und Fakultät der Östlichen Theologie.

Alle Fakultäten hätten eine eigene Satzung gehabt, und auch das Recht zur offiziellen Kommunikation mit dem Ministerium. Die Gemeinschaftsangelegenheiten der Universität wären

[6] Man kann ein sehr interessanter Beitrag dazu von János Hajdu im Internet finden (auf Ungarisch natürlich): „Eötvös József báró 1848. évi reformjainak egyik fontos programmpontja az egyetemi oktatás korszerű átalakítása volt; ezt a törvényhozás akarata is a minisztérium első feladatai közé sorozta. A már részletesen ismertetett 1848:XIX. törvénycikk megadta az addig gépies megkö töttségben senyvedő, igazi tudományos szellemet nélkülöző pesti egyetemnek azokat az alapvető szabadságjogokat, melyek nélkül egészséges fejlődése meg nem indulhatott; 1 VKM. 1848. Közokt. oszt. 31. k. 2. t. (az irat azonban nincsen meg). 2 Közlöny, 1848. ölet. 27. sz. 3 VKM. 1848. Közokt. oszt. 10. k. 7 t. — Szőnyi Pál tanácsos id. nyilatkozata szerint (1. e mű 126. 1.) a kolozsvári növeldéket az alapok elégtelensége miatt is meg kellett szüntetni. A kassai konviktus feloszlatását maga az ottani főigazgató is ajánlotta; a nagyváradinak további fenntartását a fegyelem felbomlása miatt meg a nagyváradi fő igazgató tartotta célszerűtlennek. A zágrábi nevelőintézet is igen rosszul állt anyagi szempontból. 133 ezeken az alapokon kellett nyugodnia a készülő új egyetemi reformtervezetnek is. A minisztérium közoktatási osztálya egy 1848. decemberében kelt összeállításában (1 VKM. 1848. Közokt. o. 8. k. 235. t.) felsorolja azokat a javaslatokat, melyeket az elmúlt hónapok folyamán az egyetem újjászervezése tárgyában oda benyújtottak. E kimutatás végén a következőket jegyzi meg: „Ezekhez járul a volt minister, b. Eötvös József úr által kinyomatott ide vonatkozó tervezet e czím alatt: az Egyetem alapszabályai, mely számmal ellátva nincs".1 Az itt jelzett nagyérdekességű munka a minisztérium levéltári iratai közt nem maradt ránk, megőrizte azonban a budapesti egyetemi könyvtárnak egy régi, 1848-ig terjedő leckerendeket tartalmazó kötete, melynek utolsó darabja a fentidézett tervezet; címe: „A magyar egyetem alapszabályai".1 2 E szabályzat a minisztérium lemondása folytán már nem került kibocsátásra; ez a lappangása okozhatta aztán, hogy később feledésbe merült,3 s a maga egészében a nyilvánosság előtt máig ismeretlen maradt." (Hajdu János: Eötvös József Báró első minisztersége (1848), Magyar Tudományos Akadéma, 1933. P. http://real-eod.mtak.hu/3537/1/MTA_Konyvek_273308_000815973.pdf

durch die Mitgliederversammlung oder durch die Kommission entschieden worden, und die Universität hätte auch einen Direktor für gemeinsame Angelegenheiten gehabt.

Die Mitgliederversammlung hätte die Direktoren erwählen sollen, und die Kommission wäre aus den Direktoren der letzten zwei Jahren, der Dekanen den Fakultäten, und einem Vertreter der Fakultät bestanden. Man muss auch wissen, dass alle Fakultäten einen Fakultätsdirektor – neben dem Dekan – gehabt hätten.

Der Entwurf enthält über den Direktor der Universität und die Universitätskommission meistens nur Prozessvoraussetzungen: der Direktor sollte die Sitzung der Universitätskommission zusammenrufen, der Kommission hatte eine ordentliche Sitzung in jedem Monat, die Mitgliedern könnten auch außerordentliche Sitzungen zusammenrufen, Briefe der Kommission sollen durch den Direktor geöffnet werden, die Beschlussfähigkeit der Kommission (mindestens 7 Mitglieder mussten gegenwärtig sein). Man kann aber auch einige materielle Regelungen vorfinden: das Implementieren der Resolutionen der Kommission gehörte zu dem Direktor, die wissenschaftlichen Leistungsprüfungen gehörten zu der Kommission.

Auch Regelungen über die Bezahlung des Direktors kann man im Entwurf finden.

Alle Fakultäten haben als Präsidenten den Direktor der Fakultät gehabt, der durch die Mitgliederversammlung gewählt wurde. Über die Wahl musste die Universität das Ministerium informieren. Nach seiner Erwählung wurde der Dekan auch der neue Vertreter der Fakultät in der Kommission.

Das Maß an Autonomie war für die Universitäten nach dem Entwurf weder tief noch breit: einerseits war der detaillierte Aufbau der Universität auch Teil des Entwurfs, bis auf die Liste der wissenschaftlichen Abteilungen wie Chemie oder Naturkunde.[7] Andererseits haben aber alle Fakultäten das Recht gehabt, mit dem Ministerium unmittelbar zu kommunizieren[8], obwohl dieses Recht auch eine Pflicht bedeutete: die Universität hatte alle Wahlergebnisse sofort an das Ministerium zu weiterzuleiten.[9] Spuren der Autonomie kann man auch in dem Prozess der Erwählung den Professoren entdecken: die Fakultät hatte das Recht, drei Kandidaten auszuwählen und diese dem Ministerium vorzulegen. Falls keine kompetenten Kandidaten genannt werden konnten, es wird vom Ministerium eine Ausschreibung eröffnet, um einen kompetenten Kandidaten zu finden.[10]

Statt des Ministeriums hätte die Universität das Recht gehabt (aufgrund wissenschaftlicher Leistungsprüfungen) Doktortitel zu vergeben und zu bestätigen, und die Fakultät hätte auch das Recht gehabt, den Privatlehrer einen solchen Titel zu geben. Die Fakultät hätte freie Möglichkeit gehabt die Lehrer mit Habilitation auszuwählen.[11]

In diesem Betreff enthielt der Entwurf nur Auswahlkriterien: die Kandidaten müssen hoch qualifizierte Experten sein, die Fakultät muss eine öffentliche Diskussion abhalten, und der Kandidat muss innerhalb von zwei Wochen eine Dissertation erarbeiten.[12]

Nach den Plänen hätte das Ministerium gerne auch den Fortschritt der Studenten kontrolliert: die Namen aller Studenten hätten zusammen mit den Ergebnissen der einzelnen Studenten halbjährlich zum Ministerium weitergeschickt werden sollen.[13]

Anlässlich dieses Betreffs muss man auch bemerken was Ernst Anrich über den Unterschied zwischen Studenten und Schüler gesagt hat: „*Wer sich nur ein Brotstudium holen will, Kenntnisse, um in einem Beruf das Wissensnotwendige handhaben zu können, um durch sein Mehrwissen und sein Geschick der Verwaltung fremder geistiger Erarbeitungen sogar in höchste Stellungen und Gehaltsgruppen zukommen, ist ein Schüler, aber kein Student…*“[14]

Wenn man den Entwurf durchgelesen hat, hatte man auch ein kleines Strafgesetzbuch und ein Strafverfahrensgesetzbuch in dem Text entdeckt: das achte Kapitel. Dieses hat einen sachenrechtlichen Teil („allgemeiner Teil“) und einen verfahrensrechtlichen Teil („spezieller Teil“), letzterer mit detaillierten Bestimmungen.

Die illegitimen Akte sind schwere disziplinäre Fälle (*nehezebb fegyelmi ügyek*) oder disziplinäre Fälle (*fegyelmi ügy*) genannt. Sie können durch die Studenten begangen werden. Normalerweise gehören die disziplinären Fälle zu dem Dekan der Fakultät, nur die schweren disziplinären Fälle gehören zu einem besonderen Gericht: zum Gericht der Universität.

Die einfachen disziplinären Fälle werden durch die Dekane entschieden, wessen Verfahren nicht detailliert reguliert wurde.

Im Gegensatz dazu wurden die sogenannten schweren disziplinären Fälle tiefgehend reguliert, wie folgt.

Die Institutionen, die am Verfahren der Gerichtsverwaltung der Universität beteiligt waren, waren die folgenden: der Dekan, die Studentenüberwacher (*rendügyelők*), und das Schöffengericht (*esküdtbíróság*). Die Studentenüberwacher hatten die folgenden Pflichten: die Ordnung unter den Studenten zu sichern, die Abwesenheiten der Studenten zu notieren, und zu versichern, dass die offizielle schwarze Tafel nur die offiziellen Nachrichten enthält. Die Studentenüberwacher waren durch die Studenten erwählt, aber ihre Effektivbestände wurden durch den Dekan bestimmt.[15]

Die Mitglieder der Spruchkammer waren mindestens 18 Jahre alte Studenten, die in dem letzten Jahr nicht bestraft wor-

[7] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 60.§
[8] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 9.§
[9] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 47.§
[10] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 63.-66.§
[11] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 67.-68.§
[12] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 68.-85.§
[13] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 93-95.§
[14] Ernst Anrich: Die Idee der deutschen Universität und die Reform der deutschen der deutschen Universitäten, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstatt, 1962., 5-6. p.
[15] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 172-175. §

den. Das Gericht bestand aus dem Dekan, zwei Professoren als Schöffen, und aus einem Notar, der kein Stimmrecht hatte.[16] Die Spruchkammer entschied über das Verschulden, und das Gericht entschied über die Bestrafung. Bestrafungen waren der Verweis (*felsőbbségi megdorgálás*), die Geldstrafe (*bírság*), das Verlieren des Status als Studentenüberwacher, die Gefangenschaft (*fogság*), die Verbannung (száműzetés) und die Abschiebung (*elutasítás*).

Nach dem Entwurf begann das Gerichtsverfahren an der Universität, mit der Wahl der Mitglieder des Schöffengerichts. Zwölf Schöffen waren gewählt, und der Präsident des Gerichts leitete die Gerichtsverhandlung. Diese Gerichtsverhandlung war nicht ganz öffentlich, weil nur die Bürger der Universität teilnehmen dürften. Die Vertretung war nicht gestattet, und die Folge den Ansprachen war determiniert: erst die Studentenüberwacher, dann der/die Angeklagte/Angeklagten, und zuletzt die Zeugen.[17]

Nach der Schließung des Gerichtsverfahrens entschied die Spruchkammer mit einfacher Mehrzahl und – falls keine der Schöffen um ein gesperrtes Abstimmen bat – mit offener Abstimmung über das Verschulden. Wenn der/die Angeklagte/Angeklagten schuldig war/waren, entschied das Gericht über die Strafe. Das Gericht konnte auch die Meinung eines anderen Schöffengerichts verlangen, wenn die Mitglieder der Meinung waren, dass das Schöffengericht im Irrtum war. Aber die Entscheidung dieser zweiten Spruchkammer war – das Verschulden betreffend – schon bestandskräftig.

Der Entwurf kannte natürlich den Rechtsbehelf gegen das Urteil des Gerichts. Man konnte Berufung zu der Universitätskommission innerhalb von 24 Stunden einlegen, und – wenn die Tätigkeit mit Verbannung strafbar war – auch zu der Minister für Allgemeinbildung und Religion.

Man könnte sehr viel über diesen Entwurf schreiben, und diesen weiter analysieren. Aber ich glaube, dass am wichtigsten wäre vielleicht diesen Entwurf mit der von 1869 zu vergleichen. Für diesen Vergleich kann dieser Überblick – zumindest ist dies meine Hoffnung – der erste Schritt sein.

[16] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 184. §
[17] Magyar Egyetem Alapszabályai (tervezet) 193-194.§, 196.§, 5.§

Remarks on the New Hungarian Act on Arbitration from a Historical-comparative Perspective

Adam Boóc *

Abstract

This paper summarizes the history of arbitration in Hungary with special emphasis on the antecedents of the valid act on arbitration. Since the Parliament of Hungary adopted a new act on arbitration in 2017 (Act LX of 2017 on Arbitration), the study describes the most important features of this Act from a historical-comparative view, highlighting the fact that this act is fully in line with the UNCITRAL Model Law on arbitration of 1985 and amended in 2006. The article stresses the annulment of arbitral awards, which seems to be a key – issue in international commercial arbitration. The study also introduces the new framework for arbitration regarding Arbitral Tribunal on Commerce as a permanent arbitral tribunal, which integrates the arbitral tribunal attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry (MKIK), the Arbitral Tribunal on Energy, and the Arbitral Tribunal on Money and Capital Markets. The paper reaches to the conclusion that the Hungarian New Act on Arbitration is a turning point regarding the Hungarian arbitration in terms of legislation, and at it is to raise several important questions during its practical application.

Keywords: *arbitration; Hungary; historical-comparative; act on arbitration; UNCITRAL; Hungarian Commercial and Industrial Chamber; civil law; Roman law.*

I. The antecedents of modern arbitration — similarly to several institutes of modern private law — can be found in Roman Law, where arbitration was considered as a way of private dispute resolution.[1] As a leading source in Roman law we can refer to D. 4, 8, which has the following title: *De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*. When analyzing the features of arbitration in Roman Law, special attention should be paid to the term of *compromissum*, which meant the settlement of the parties to submit themselves to the jurisdiction of an arbitrator, who was called *arbiter ex compromisso*.[2] The term of *compromissum* on the field of arbitration still plays a particular role in several jurisdictions in Latin America.[3]

Concerning the appointment of the arbitrator in Roman law, the most important source in the Digest is perhaps the following sentence: *"Arbiter ex compromisso sumptus cum ante diem, qui constitutus compromisso erat, sententiam dicere non potest."*[4] This regulation means that the *arbiter ex compromisso* cannot judge the case before the parties reached a consensus regarding the appointment of the arbitrator. This rule highlights the importance of the consensual nature of arbitration, which is undoubtedly one of the most fundamental principles of modern arbitration, as well.

Regarding the early Hungarian Medieval Law we can state that the persons who acted as quasi-arbitrators can be considered more as mediators than real judges. We can refer to the II. Decretum of St. Stephen, according to which ten gold coins should be given to the arbitrators and mediators for fulfilling their duty.[5]

It is not until the 13th and 14th century in Hungary that arbitrators could be regarded — to some extent — as real judges who could reach an award based on the same proofs as the ordinary judges. Practically speaking, there are two circumstances which have to be highlighted: (a) concerning the procedure of the arbitrators and their award they had to prepare a report either to the ordinary judge or to the administration of the county; (b) in case they failed to do so the report could be enforced by an order from the King.

It is worth mentioning that this phenomenon can be detected in modern law as well. Namely, that there is an important

* Dr. habil. Adam Boóc, PhD., Associate professor, Head of Department of Civil Law and Roman Law, Faculty of Law, Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary, Budapest, Hungary.

1 In this regard see especially: D. ROEBUCK — B. DE LOYNES DE FUMICHON: *Roman Arbitration*. Oxford, 2004.

2 It should be born in mind that *arbiter* had another meaning in Roman Law, too. It also meant a judge who had special knowledge on a particular field, which was necessary to the appropriate judging of the case. See esp.: FÖLDI A. — HAMZA G.: *A római jog története és institúciói.(History and Institutes of Roman Law)* Budapest, 2007[12]. 161.

3 See in this regard: BOÓC Á: *A kereskedelmi választottbíráskodás egyes sajátosságai Dél – Amerikában*. (Some Particular Features of Commercial Arbitration in Latin – America) ÁJ 48 (2007) 289 — 332.

4 See: Alf, D. 4, 8, 50.

5 *„Decem (pensae) autem arbitris et mediatoribus condonentur."* See: FABINYI T.: *A választott bíráskodás. (The Arbitration)* Budapest, 19262. 23.

connection between ordinary judges, judicial system, and arbitrators. The arbitrators have to make sure that the award is authentic. In case they fail to fulfill their duties there is always a state control.

Concerning the possible direct effect of the arbitration agreement we can refer to a very interesting point of the *Planum Tabulare*, which is a compilation of decisions of the Hungarian Superior Court (*Curia*) from the 18th century. In Decision 11 we can read the following: "*Si is invalidatoriam litem in foro tabulari contra compromittentes suscitet vel illam continuet, ac illi qui ad compromissum influxerunt, propter initu, compromissum institutum difficultent, tunc illud coram foro tabulari arreptum institutum condescendit, quia actor facto suo ab ordinaria juris via recedendo judicem sibi delegit, cuius iudicio stare debet.*" [6] According to this quotation if there is a valid arbitration agreement and one of the parties commences an ordinary judicial procedure, the respondent may raise an exception based on a jurisdictional issue (*genus actionis vulgo institutum*). The ordinary judge than will reject the claim, based on this procedural issue. As a consequence, we can state that this procedural step does not create *res judicata*.

Regarding possible legal remedies against the award of the arbitral panel we can mention *Decretum* of 1729 (*de causis von appellabilibus*), which states that no appeal can be submitted against the award of the arbitral panel.

As a very interesting point in the history of the Hungarian arbitration law, we can refer to the *Procedural Order of 1786 of Joseph the 2nd.* This order contained the regulation, according to which if there is an apparent cheat in the procedure there is a possibility to commence another — ordinary — lawsuit within 14 days after the receipt of the award.

It is also worthy mentioning Act No. LIV of 1868, which regulated that in the case one of the parties failed to appoint an arbitrator within the given time-limit, the ordinary judge would fulfill this task based upon the application of the other party.

The *Provisional Civil Procedure of 16. 09. 1852* contained a modern feature, which is even typical of the arbitration agreements in the 20th century. The Provisional Civil Procedure stated that the parties may submit their legal dispute under the jurisdiction of an arbitration panel if they were allowed to dispose of the legal dispute in this manner, and if they were allowed to reach an out-of-court agreement concerning the legal dispute.

As it is known in the early years of the 20th century, a code on Civil Procedure was promulgated in Hungary. It was the Act I of 1911 on Civil Procedure. The Title XVII of this Code contained regulations on arbitration. The following questions were covered by these provisions:

- Arbitration agreement;
- Appointment of Arbitrators;
- Liability of Arbitrators;
- Jurisdiction of the Arbitral Tribunal;
- Procedure of the Arbitral Tribunal (proofs, legal representation, etc.);
- Award of the Arbitral Tribunal;
- Challenge of the award of the Arbitral Tribunal.

Concerning the liability of the arbitrator we have to refer to a separate act, the Act VIII of 1871. This act ruled that if there was an official crime commited by the arbitrator, he would also lose the ability to become an arbitrator.

Regarding the challenge of the award, it should be highlighted that the award could be challenged — based on Section 784 of the Code on Civil Procedure of 1911 — if there was an arbitrator on the panel who had been successfully challenged previously? or if the would-be challenging party could not reach a challenge without his own fault before the award of the arbitral tribunal. Unlike the modern arbitration act, there is no reference to public policy in the challenge in this Act.[7]

The well-known political and economic changes in 1948 in Hungary had an impact on arbitration as well. Because of the new political era and economic structure, the commercial arbitration in traditional sense ceased to exist to a large extent, but unlike the law of the stock exchange, there was a so-called "survival" of commercial arbitration.

There was a sort of compulsory arbitration among the member states of the Council for Mutual Economic Assistance (CMEA). It was regulated by the *Moscow Convention* (*Convention on the Settlement by Arbitration of Civil Law Disputes Resulting from Economic, Scientific and Technological Co-operation.*) This convention was promulgated in Hungary by Law-Decree No. 23 of 1973. The aim of this convention was that in commercial disputes among CMEA countries, the method of the dispute resolution was the compulsory arbitration based on this convention.[8]

In order to integrate Hungary into the international legal framework of international commercial arbitration it should be taken into account that Hungary has ratified the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10. June 1958.* It has been promulgated into the Hungarian law by Law-Decree No. 25 of 1962. Hungary has promulgated the Geneva Convention of 1961 by Law-Decree No. 8 of 1964.[9]

As it is known a new Code on Civil Procedure was promulgated in Hungary; this was the Act No. III of 1952. The original version of this Act did not contain any regulation on arbitration. In 1972 this Act was amended with Chapter 24 on Arbitration. Chapter 24 included only four sections, lacking many important rules due to political-economic reasons. The main

[6] See: FABINYI: *Op. cit.* 23. sqq.

[7] See in that regard: BURIÁN L.: *Gondolatok a közrend szerepéről.* (Thoughts on the Role of Ordre Public.) In.: *Magister artis boni et aequi. Studia in Honorem Németh János.* (ed.: KISS D., VARGA I.) Budapest, 2003. 99 — 122.

[8] See: SZÁSZ I.: *A KGST Általános Szállítási Feltételek. Egységes törvény a nemzetközi kereskedelemre.* Budapest, 1974. 308 — 310. (General Supplying Conditions of CMEA. Uniform Law on International Commerce.)

[9] See in detail: FARAGÓ L.: *A szocialista országok választottbíráskodásának néhány alapelve.* Jogtudományi Közlöny 21 (1966). 214 — 216. (Some General Principles of the Arbitration of the Socialist Countries.)

problems of this regulation can be summed up as follows. On the one hand the scope of application was quite narrow: according to Section 360 (1) c) arbitration could be applied between economic organization, supposing there had been an authorization by act, law-decree or governmental-decree. On the other hand the possibility to challenge the award was only allowed in case of *ad hoc* arbitration. At that time there was only one arbitration institute in Hungary: The Arbitration Court attached to the Hungarian Economic Chamber, which is the legal predecessor of the Hungarian Commercial and Industrial Chamber. The awards of this Court had been regarded as legally binding and thus enforceable.

Later on — approaching the economic and political changes of the '80 s — there had been a change in the regulation which resulted in arbitration gaining a much broader application. As an example, we can mention Act VI of 1988 on economic associations. This act provided the possibility of submitting legal disputes, between the members of the economic associations and between the members and the company, to the jurisdiction of an arbitration court.

Regarding the legal framework of arbitration the next important step might be considered the modification of the Hungarian Civil Code (Act No. 4 of 1959) in 1993 with an effective date of 1st November, 1993. After this modification the Section 7 (2) of the Civil Code gave economic organizations the possibility to conclude arbitration clauses for legal debates. At that time, in order to create a valid arbitration clause both of the parties had to be economic organizations.

It should be kept in mind that after the promulgation of Arbitration Act this regulation was changed. It was, and still is today, sufficient if one of the parties is an economic organization and the subject matter of the legal dispute concerns its activity.

In that regard we cannot avoid mentioning a very important dogmatic question: Should this basic regulation be incorporated into the Civil Code? In Hungary, the codification of the new Civil Code is under progress. According to the Draft of the new Civil Code it is not necessary to have any regulation on arbitration (alternative dispute resolution) in a private law code. (As it is currently known; the new draft has not been adopted, yet.)[10]

II. The former act on arbitration in Hungary is Act No. LXXI of 1994 on Arbitration. In spring 1994, the Government accepted the draft of the arbitration act. There were Parliamentary elections at that year and after the elections the new Government made some minor changes. Still, in 1994 the Arbitration Act was presented to Parliament and they adopted the Act on Arbitration. The Act was promulgated and it became effective on 13. 12. 1994.[11]

This Act is based on *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, as adopted on 21 June, 1985.* Unlike the Law of the Russian Federation on International Commercial Arbitration which has been in force since the 14th of August 1993, the Hungarian Act is not a verbatim translation of the Model Law.[12] It is an adaptation of the Model Law, which means that there are some minor diverging points in the Hungarian text.

The Act contains 65 sections, having the following structure:

- General Provisions;
- Composition of the Arbitral Tribunal;
- Jurisdiction of the Arbitral Tribunal;
- Procedure of the Arbitral Tribunal;
- International Arbitral Proceedings;
- Proceedings of the Court;
- Miscellaneous and Closing Provisions.

The former Hungarian Arbitration Act follows the *monist* conception, which means that the Act also regulates the domestic and the international arbitration procedure.[13]

Some of the important features of the Hungarian Arbitration Act can be summed up as follows. Section 6 of the Act contains the possibility of *waiver*, which is based on the principle of prohibition of *venire contra factum proprium*. It means that if a party knows that there is a breach of the agreement of the parties or the regulation of the Arbitration Act, and in spite of that this party still keeps on participating in the procedure, it has to be considered as if the party had waived to seek any legal remedies in this issue.[14]

III. The Hungarian Parliament adopted the new Hungarian Act on Arbitration (Act LX of 2017 on Arbitration, hereinafter:

[10] See in that regard: BOÓC Á.: *A kereskedelmi választottbíráskodás egyes kérdései. (Some Questions of Commercial Arbitration.)* In: *Diszciplínák határain innen és túl.* Fiatal Kutatók Fóruma 2. – 2006. (ed.: BALOGH M.) Budapest, 2007. 121.[15]

[11] For *travaux préparatoires* of this act see especially: SZÁSZ I.: *A választottbíráskodásról és szabályozásáról. (On Arbitration and on its Regulation)* Gazdaság és Jog, 2 – 3 (1993). 8 — 11.

[12] See esp: GELLÉRT GY.: *Új törvény a választottbíráskodásról (New Act on Arbitration.).*Magyar Jog 45 (1995). 449 — 460.; HORVÁTH É.: *A választottbíráskodásról szóló törvény általános rendelkezései a gyakorlat tükrében.(The General Regulations of the Act on Arbitration with Special Emphasis on the Practice.)* Jogtudományi Közlöny. 50 (1995). 171 — 178.

[13] For practical application of the Hungarian Arbitration Act, see: HORVÁTH É.: *A választottbíráskodásról szóló törvény gyakorlati alkalmazása.(Practical Application of the Act on Arbitration)* Jogtudományi Közlöny. 54 (1999). 335 — 340.

[14] Section 6 of the Act states: "*A party who knows that any provision of this Act from which the parties may derogate or any requirement of the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance immediately or, if a time-limit is provided therefore, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.*"

the New Act) on the 30th of May, 2017. The New Act entered into force on the 1st of January, 2018 and overruled Act LXXI of 1994[15] on Arbitration (hereinafter: the Old Act).[16] The new Act on Arbitration strictly follows the adopted Model Law 1985 of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), considering the changes on the Model Law in 2006.[17] The adoption of the New Act, considering its date and specifications, is attentive to the codification of the Hungarian Code of Civil Procedure, which resulted in the adoption of the Act on Code of Civil Procedure (Act CXXX of 2016 on Code of Civil Procedure).[18] Regarding the provisions of the Model Law and international practice, we will emphasize some of the crucial provisions of the New Act. Due to the length of the paper, we will not be able to show and analyze all the rules of the New Act.

It is essential to highlight the following regarding the Model Law. The Model Law is not an international convention. It is an international recommendation which makes it possible to frame or modify specific national acts on arbitration. It is important to note that by 2017, 74 states and 104 legal systems adopted their own arbitration laws based on the Model Law, where a considerable number of states adopted their act of arbitration after 2000. It is worth mentioning that the declaration of the new Mongolian Act on Arbitration on the 17th of February, 2017 also follows the provisions of the Model Law.[19]

The aim of the creation of the Model Law was to serve as a model for the arbitration laws for each country. Thus, generally speaking, it comprises the best principles of international arbitration:

"The Model Law was created to encourage the arbitration laws around the world… The Model Law is widely accepted to contain the best principles of international arbitration and therefore it is sometimes used as a tool for assisting the interpretation national laws on arbitration."[20]

The citation above shows that not only does the Model Law serve as a model, but it can help in the interpretation of already adopted laws.

Several notable mentions who adopted their arbitration laws based on the provisions of the Model Law: Lichtenstein, 2010; Hong Kong, 2010; Costa Rica, 2011; Lithuania, 2012; Bahrein, 2015; Montenegro, 2015; Jamaica, 2017.[21]

Of course, both the Hungarian Old Act (Act LXXI of 1994 of Arbitration) and the New Act (Act LX of 2017 on Arbitration, entered into force on the 1st of January, 2018) follow the provisions of the Model Law. Moreover, the legislative intent regarding the new legislation is to be linked closely to the Model Law.

The final version of the Model Law was adopted by UNCITRAL on the 21st of June, 1985, and was confirmed by the UNGA on the 11th of December, 1985. The draft was created by experts from 61 countries and 18 international organisations. It is important to mention that the president of the UNCITRAL Working Group was Szász Iván, the widely renown Hungarian arbitration specialist. The recasting of the UNCITRAL Model Law was in 2006, and the recast version was confirmed by the UNGA on the 4th of December, 2006.[22]

IV. Following the structure and the provisions of the Model law, which may differ at some points, the New Act comprises of the following topics:

- General Provisions
- Arbitration agreement
- Composition of the Arbitral Tribunal
- The Arbitral Tribunal's decision on its own jurisdiction and powers
- Provisional and prior measures
- Judicial proceedings
- Conduction of the Arbitration procedure
- Annulment of the arbitral award
- Procedural innovations
- Implementation of the arbitral award
- Other rules
- Permanent Arbitral Tribunal
- Final provisions

---

[15] Regarding arbitration in the Hungarian literature see: OKÁNYI ZS.: *Választottbíráskodás Magyarországon – külföldi és nemzetközi ügyekben*. Budapest, 2009.; L. KECSKÉS: Arbitration Proceedings. In: *Business Law in Hungary* (ed: I. SÁNDOR) Budapest, 2016. 659 – 692. A régi Vbt. kapcsán lásd különösen: SZÁSZ I: A választottbíráskodásról és szabályozásáról. *Gazdaság és Jog* 1993/7-8. 8-11.;. É. HORVÁTH: The New Arbitration Act in Hungary. *Journal of International Arbitration*, Vol. 12. 3 (1995). 53 – 65.; HORVÁTH É.: A választottbíráskodásról szóló törvény gyakorlati alkalmazása. *Jogtudományi Közlöny*, 1999/7-8.; 335 – 340.; SZÁSZ I. – HORVÁTH É.: Country Report: Hungary. In: *International Handbook on Commercial Arbitration*. Supplement, 31. The Hague – London – Boston, 2000.; KECSKÉS L. – LUKÁCS J. (szerk.): *Választottbírók könyve*. Budapest, 2012.; I. VARGA: *The Law and Practice of Arbitration in Hungary*. In: C. LIEBSCHER – A. FREMUTH-WOLF (ed.): *Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe*. New York, 2014. 1 – 87.

[16] The new Hungarian Act was published in No. 85 of 2017 in the Hungarian Official Gazette (Magyar Közlöny). See: http://www.kozlonyok.hu/nkonline/MKPDF/hiteles/MK17085.pdf Time of downloading: 23. 08. 2017., 14:51.

[17] See in this regard: http://www.pwc.com/hu/hu/hirujsagok/assets/adohirujsag/tax_newsflash_578.pdf Time of downloading: 23. 08. 2017., 14:51.; SÁRKÖZY T.: A választottbíráskodás státuskérdéseiről az új választottbírósági törvény alapján. (*Status Questions of Arbitration Based on the New Act on Arbitration) Jogtudományi Közlöny,* 2018. Nr. 1. 39 – 45.

[18] Regarding the arbitration procedure and the re-codification of civil procedure see: SZABÓ I.: A választottbíráskodás hazai fejlődése és a polgári perrendtartás rekodifikációja. (*The Domestic Development of Arbitration and the Re-codification of Hungarian Civil Procedure.*) In: (szerk.: NAGY Cs. I.) *Liber Amicorum János Martonyi. Ünnepi kötet Martonyi János tiszteletére*. Budapest, 2014. 118 – 127.

[19] See: http://internationalarbitrationlaw.com/74-jurisdictions-have-adopted-the-uncitral-model-law-to-date/ Time of downloading: 10. 11. 2017. 00:10.

[20] See: J. W. ROWLEY – MC. B. MENDELSOHN (ed.): *Arbitration World. Jurisdictional Comparisons*. London, 2006.

[21] See: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html Time of downloading: 10. 11. 2017. 00:13.

[22] Regarding the *travaux preparatoires* of the UNCITRAL Model Law see: BOÓC Á.: *A nemzetközi kereskedelmi választottbíráskodás. A választottbíró megválasztása és kizárása.* (*International Commercial Arbitration. Appointment and Challenge of Arbitrator.)* Budapest, 2009.

Regarding the form of the arbitration agreement, Article 8(3) of the New Act respects novel opportunities introduced by the digital age, thus making the recording of clauses via e-mail possible, given that the data included in the electronic communications is accessible to the other Party and is available for further referencing:

Article 8(3):

Those arbitration agreements which were created through electronic communication without electronic signature are deemed to be arbitration agreements concluded in writing if the data included in the electronic communication is accessible for the other party and is available for further referencing. All the communication via data transfer is considered electronic communication. Data transfer means the creation, sending, receiving, or storing of electronic data exchange, e-mail, telegram, telex or fax via electronic, magnetic, or optical means.

Paragraph 4 of the same section keeps the rule held by the Old Act in which if one Party claims the existence of the arbitration agreement made before the arbitral tribunal, for example, in a claim, and the other Party does not contest, then it is considered a valid arbitration clause.

Article 8(4):

Arbitration agreements also need to be deemed as concluded in writing if the Party claims the existence of the arbitration agreement during the presentation of a statement or claim to the arbitral tribunal, and the other Party does not contest.

Article 13 of the New Act further defines the requirement of impartiality and independency as a requirement, in accordance with the international practice, whereas Article 14 contains the fundamental rules of the challenge procedure.

Regarding the independence and impartiality of arbitrators we must take into account the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (IBA Guidelines), which was adopted on the 22nd of May, 2004 and adjusted on the 23rd of October, 2014. This guideline addresses the possible issues the appearance of such terms in practical use might cause in arbitral proceedings and how to handle them.[23]

The aim of the IBA Guidelines is to give guidance in handling conflicts occurring during international arbitral proceeding to make sure some conflicts do not affect the effectiveness of the increasing number of international arbitral proceedings.

Generally speaking, the IBA Guidelines is widely used due to its established practices after its adoption in 2004, with some legal systems referring to it more frequently than others. After reviewing the guideline, China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) deemed it to be too detailed and irrelevant in many cases regarding the Chinese arbitration.[24]

Normally, requests for exclusion and ad hoc court decisions refer to the IBA Guidelines. The question is whether its application of recommendations is possible across national legal systems.

It is worth mentioning that some arbitral institutions proposed to modify and extend the IBA Guidelines. (It is noted that the working group developing the guideline say expressis verbis that they welcome any additions regarding the document.)[25]

The IBA Guidelines might be suitable for serving as a guideline regarding the sensitive and influencing question regarding the topic of impartiality and independence of arbitrators, along with the conflict among arbiters during legal interpretation and practice. Thus its use is also important in the conduction of arbitration procedures on the basis of the Hungarian New Act.[26]

Article 29 of the New Act has an important rule, similar to the Old Act, in which all the parties during the arbitration procedures need to be treated equally, and all the parties need to be given the opportunity to present their case. The violation of the principle of equal treatment is a frequently used argument during lawsuits of annulling arbitration award.

It is to be noted that Article 37 of the New Act gives the legal opportunity to intervene. The Arbitral Tribunal, if requested by one party, notifies those who have legal interest in the outcome of the arbitration, so the party with common interest might intervene in the procedure for the purpose of their success. The intervener has the right to participate in the trial and show proof, in essence, their status is the same as the party's.

V. The key question of the arbitration procedure is the annulment, as in what kind of conditions and detailed arrangements apply to the annulment of the judgement (which is not equivalent to the concept of appeal).

Regarding the annulment lawsuit, similar to the Old Act, deadline is an important rule. The New Act contains the same rule as the Old Act in this matter.

The limitation period for the initiation of the annulment lawsuit is 60 days from the date of receipt. Given that the arbitral tribunal might not necessarily give its ruling in public, but in written form, the parties will be actually informed about its content upon receipt. Thus, in case of a complex case with large number of documents, sixty days is not a long period.

Parties might live with the opportunity present in Article 46(2) of the New Act in which after the simultaneous notification of the parties one party might ask for the interpretation of the judgement in the first thirty days upon receipt, unless otherwise agreed. In case the party wants to initiate the annulment procedure after the interpretation by the arbitral tribunal, the party has to decide in a shorter period of time, as the limitation period for challenging has begun upon receipt, irrespective of the interpretation given by the arbitral tribunal.

The New Act regulates the reasons for annulment as follows:

---

[23] See: BOÓC Á.: The IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration – Gondolatok az első évek gyakorlata alapján. (*Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration – Thoughts on the Practice of the First Years.)* In: CSEHI Z. – RAFFAI K. (szerk.): *Állam és magánjog.* Törekvések és eredmények az Európai Unió joga, a nemzetközi magánjog, polgári jog és polgári eljárásjog keresztmetszetében. Budapest, 2014. 281 – 291.

[24] See: J. GILL: *The IBA Conflicts Guidelines – Who's Using Them and How? Dispute Resolution International* 1 (2007) 62.

[25] Regarding IBA Guidelines, with special emphasis on the practice of the first years see: M.SCHERER: The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004–2009. Dispute Resolution International. 4 (2010). 5 – 53.

[26] See: BOÓC Á.: *A választottbírósági ítéletek érvénytelenítése*. (*Challenge of Arbitral Awards.)* Budapest, 2018. 57 – 62. and 141 – 145.

Article 47(1):

There is no place for appeal against the arbitral award. The arbitral award can be reviewed via normal judicial means only during lawsuit for arbitral award annulment.

(2):

The action for the annulment of the arbitral award against the other Party can be done by the court defined in Article 7(2) and only in cases when:

a) the plaintiff bringing the action for annulment proves that:

aa) one of the Parties concluding the contract had no legal status or was lacking capacity; or the the arbitral award is rendered invalid in case it is missing the submission to the specified rules; or

ab) the Party was not informed properly about the appointment of the arbiters or the procedure of the arbitral tribunal, or the party was not able to submit the case; or

ac) the arbitral award results in a debate beyond the submission of the arbitration; or the submission includes such decision that is beyond the scope of its powers, and the cases that are submitted and not submitted are separable from each other; or

ad) the composition or the proceedings of the arbitral tribunal were not in line with the agreement between the Parties - except if the agreement goes against the mandatory rules -, or the lack of such agreement does not abide by the

provisions of this law; or

b) the court finds that

ba) according to the Hungarian Law, the arbitration cannot be subject the matters in dispute

bb) the arbitral award clashes with the Hungarian public policy

(3):

The action for annulment can be requested for 60 days after the arbitral award, and in case the party files for the request of Article 46, then for 60 days upon the receipt of the decision.

(4): Each Party member can make a reasoned request for the suspension of the lawsuit negotiation for 90 days by the state court during the annulment procedure of the arbitral award, within the limits of arbitral judgement correction, interpretation, and addition, to reopen or take such action with which, in accordance with the standpoint of the arbitral tribunal, the reason for the annulment can be avoided. In such case the terminated arbitral procedure is continued for a specific duration and aim specified by the court. The annulment of the judgement of the re-opened arbitral procedure can be requested in 60 days upon receipt for the change of claim or making counterclaim.

(5): In case of the annulment of the arbitral award, the arbitration may continue with the appointment of arbiters on the basis of Article 12.

Of course, the New Act conserves its annulment lawsuits' peculiarities that under no circumstances can they be regarded as appeal. Regarding this, Wellmann György also points out that on the basis of the Old Act annulment lawsuits are attributed with appeal function, but they can not be taken as opportunities for appeals and retrials.[27]

Judicial decision no. 1-H-GJ-2007-103 summarizes the characteristics of annulment lawsuits and highlights their uniqueness:

In an annulment lawsuit, the national court can only judge whether: the arbitral proceeding came into being with due legal effect; the parties and the arbiters practiced their procedural law properly and discharge their obligations; the decision of arbitral tribunal created the content of the legal relationship within the limits set by the Parties; the decision and its justification for the undesirable consequence for the community was based on the content of the judgement. The order of the assessment of the action for legislation initiated before the national court is dependent on the annulment reasons during the annulment lawsuit. The court must judge the action for annulment on the basis of the reasons specified by the Party bringing the action. During the annulment lawsuit, the rights and obligation from the material legal relationship leading to the arbitral procedure cannot be considered. The legal relationship serving as the basis for the annulment lawsuit is not the material legal relationship resulting in a debate, but the formal legal relationship specified in the arbitral proceeding.

It is to be noted that some states' legal systems allow the action for annulment in a rather narrow framework compared to Hungary. Before the modification of the Belgian Procedure Act in 1999, Article 1717 (4) prescribed that the Belgian court can only accept action based on arbitration annulment if one of the parties is a natural person of Belgian nationality or is domiciled in Belgium, or such legal person who was registered by the Belgian law or has a branch in Belgium.[28]

However, the New Act has two specific characteristics which need to be emphasized.

Suspension of negotiations

The essence of the suspension of negotiations as a new procedural opportunity is to allow any party to make a reasoned request for the suspension of the lawsuit negotiation for 90 days by the state court during the annulment procedure of the arbitral award, within the limits of arbitral judgement correction, interpretation, and addition, to reopen or take such action with which, in accordance with the standpoint of the arbitral tribunal, the reason for the annulment can be avoided. In such case the terminated arbitral procedure is continued for a specific duration and aim specified by the court. The annulment of the judgement of the re-opened arbitral procedure can be requested in 60 days upon receipt for the change of claim or making counterclaim.

It is to be noted that this legal institution is also present in the German Law, provided for by Article 1059(4) of the German ZPO as follows:

1059. § Ist die Aufhebung beantragt worden, so kann das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei unter Auf-

[27] See: WELLMANN GY.: A választottbíráskodás és az állami bíróságok közötti együttműködés. (*Co-operation Between Arbitral Courts and State Courts.*) In: *A Választottbíróság hatvan éve 1949 – 2009*. Budapest, 2009. 20 – 27.

[28] See: G. B. BORN: *International Arbitration. Cases and Materials*. Alphen aan den Rijn, 2011. 1071.

hebung des Schiedsspruchs die Sache an das Schiedsgericht zurückverweisen.

The legal instrument of the suspension of negotiations is also applied by Article 34(4) of UNCITRAL Model Law.

Regarding the suspension of negotiations, the ministerial justification of the New Act emphasises the aspect of procedural economy:

The Suggestion, attentively also to the aspect of procedural economy, provides the opportunity to suspend the negotiations on the annulment lawsuit by the court upon request of one of the parties to have the arbitral tribunal correct the possible deficiency of the procedure within the limits of Article 46.[29]

It is important to mention that this does not mean the opportunity to completely re-open the arbitral procedure, but in a narrower framework, as the scope of the arbitral tribunal is the correction, interpretation, and addition of the arbitral award. It is to be noted that for many cases such limited scope is enough to properly close the procedure, therefore procedural economy as an interest truly applies.

Article 56(1) of the Old Act specifically mentions a provision regarding the possibility to suspend an arbitral award upon request of one of the parties. This lead to important court practice.

Decision no. EBH2001 554 states that during the assessment of the suspension of the arbitral award procedure the provisions of the law on judicial foreclosure regarding procedural suspension needs to be taken into account.

Decision no. EBH2000 237's position is that the law on arbitration does not provide for under what circumstances the court can suspend the foreclosure by arbitral award, it states the possibility of the suspension of the foreclosure by arbitral award. Thus during the assessment of the request for the suspension of the foreclosure by arbitral award the provisions regarding judicial foreclosure need be taken into account.

In comparison, the option to suspend the foreclosure by arbitral award is not included in the annulment of the arbitral award, but Article 7(5) of the New Act regulates it as follows:

Article 5:

The enforceability of the arbitral award in a lawsuit for the annulment of arbitral award can be suspended upon the request of any Parties by the court until the completion of the lawsuit, and by the Curia until the completion of the review procedures if

a) the award would result in a bigger disadvantage in case the enforceability was not suspended; and

b) there is a reasonable chance that the Party requesting the suspension would be successful. The court is not bound by the assessment of the chance in any subsequent assessments.

Even though the governing law might be a better fit for the annulment lawsuits, as basically it is only applicable there, a unique characteristic of the new rule is that it tries to give hints in which cases the court can suspend the foreclosure by arbitral award. Paragraph 5(a) recalls the notion of temporary measures used in civil and arbitral proceedings. However, Paragraph 5(b), in our opinion, will put the law enforcer in a difficult situation, as it has some kind of prejudice (but without further legal binding); suspension might take place when the there is a reasonable chance for the action for annulment to be successful. According to the legislation, the assessment of this opportunity will not bind the court in further assessments subsequently.

Should the court suspend the implementation for such reasons and contrary to this rejects the action for annulment, it will lead to the submission of the plaintiff's request for review.

Even though the legislation mentions that if the court suspends the implementation on the basis of reasonable chance for the success of the party's action for suspension, this cannot bind the court subsequently, it cannot be excluded, in our opinion, that in case of a possible loss of a lawsuit the unsuccessful party might initiate an action for damages referring to the provision. It would have been preferable to regulate these reasons as exemplary reasons, thus giving a bigger room for the acting court.

It is to be noted that, unlike in the Old Act, the New Act provides for cases when the arbitral award is annulled, meaning the annulment lawsuit is successful.

According to Article 47(5) of the New Act, in case of the annulment of the arbitral award, the arbitral award might continue with a procedure for designation according to the New Act, which is basically a reiterated procedure. The justification of the New Act regarding this is as follows:

The Recommendation replaces the lack of the New Act's regulations and lays down the procedure to be followed for the case of arbitral award annulment. The procedure might continue in accordance with the conditions set by Article 12, thus in case one of the Parties wish to continue the procedure, they need to select the arbiters again. They might choose to ask for a new arbitral tribunal to handle the case, but if they have not lost their trust in the arbiters after the annulment, they might select the arbiters from the arbitral tribunal whose award was annulled.[30]

The justification highlights that the participating arbitrators in the original arbitration can only continue being arbitrators in new procedures if the parties still trust them after the annulment process.

Connected to this problem, Murányi Katalin, with respect to the Old Act, points

out that it is necessary to settle whether the old arbiter can resign from his status as arbitrator in case of annulment. As for the expenses of the new procedure, the party cannot be expected to pay a considerable price multiple times, since the annulment, in most cases, is the fault of the arbitral tribunal. Thus there is a need to find a comforting solution.[31]

Relating to the cost of the reiterated procedures due to annulment, the provision included in Article 57(2) of the New Act describes is as follows:

[29] See: http://www.parlament.hu/irom40/15361/15361.pdf Time of downloading: 30. 08. 2017. 15:01.

[30] See: http://www.parlament.hu/irom40/15361/15361.pdf Time of downloading: 30. 08. 2017. 15:43.

[31] See: MURÁNYI K.: Az állami bíróságoknak a választottbíróságok működéséhez kapcsolatos gyakorlata és gondolatok az esetleg szükséges jogszabály módosításokról. (*Practice of State Courts Attached to the Operation of Arbitral Courts and Thoughts on the Eventually Necessary Amendments of Law.*) In: KECSKÉS L. – LUKÁCS J. (szerk.): *Választottbírók könyve*. Budapest, 2012. 352.

Article 57(2):

In case of arbitral award annulment, the arbiters of the annulled arbitral award procedure are not entitled to charge anything, and the arbitral procedure is free of charge. The Parties cannot be required to pay administrative cost during the continued process after the annulment.

The justification regarding this provision has a rather strong position; it emphasizes that the aim of the provision is to encourage the arbitral tribunal to pass the test of annulment.

The Recommendation wishes to encourage the arbitral tribunal with the provision to act professionally, which states that in case the arbitral award is annulled, the arbitrators are not entitled to the fee for the process before the annulment, and the arbitral process is free of charge. The Parties cannot be required to pay additional fee for any possible subsequent arbitral procedures with regard to the administrative fee they already payed the arbitration tribunal.[32]

Such encouragement in cases where the request for annulment is not due to the fault of arbitrators will be of limited success.

Procedural Innovation

Procedural innovation, in essence, is the version of retrial designed for arbitration procedures. The point of the new legal institution is that the parties can, unless otherwise agreed, ask for procedural innovation in one year upon the receipt of the arbitral award, which is basically equivalent to a retrial, as its requirement is that the party refers to a proof that was, through no fault of his, not validated during the procedure, and would have resulted in a more favorable decision otherwise. As in the case of retrial, the arbitral tribunal needs to hear out the parties before the decision on admissibility. According to the provisions of the New Act, the application for procedural innovation needs to be rejected only when: the one year long objective deadline for the application has passed; the party applying for the application cannot get a more favorable decision even if their proofs were proven; the party applying for the application did not validate the proofs or facts due to their own fault. The latter question might prove to be a problematic assessment.

Similar to the retrial known from the law of civil procedure, an important rule of the procedural innovation is that in the case the procedural innovation is allowed, the process can be initialized only within the limits of the request. Comparatively to this result, the arbitral tribunal may preserve the contested the arbitral award, or make a new decision beside its complete or partial abrogation.

Regarding procedural innovation, the New Act, as a new institution, cannot serve with practical experience. One of the important questions to be answered with practical experience will be the convening of the necessarily dissolved arbitration body after the completion of the arbitration award, which will be especially hard in case of an international or *ad hoc* body.

We note that procedural innovation, as a version of retrial in arbitration, is not a completely unknown and alien phenomenon, as there is a similar regulation in the Austrian Law. The Austrian arbitration legislation does not give the arbitral tribunal in action the option to give the decision of the retrial or procedural innovation and the conduction of the new procedure, rather Article 611(2(6)) acknowledges the reasons for retrials as reasons for the annulment of arbitral awards, so only the court has jurisdiction to give decision in this case. Note that retrial is also considered as reason for annulment in Article 784(8) of PLÓSZ's version of the Civil Procedural Code.

VI. Regarding the Hungarian New Act it is important to highlight the organizational changes the New Act has brought. The New Act created the Arbitral Tribunal on Commerce as a permanent arbitral tribunal, which integrates the arbitral tribunal attached to the earlier Hungarian Chamber of Commerce and Industry (MKIK), the Arbitral Tribunal on Energy, and the Arbitral Tribunal on Money and Capital Markets. The Permanent Arbitral Tribunal on Sports is still in charge of sports cases, according to the provisions of the Sports Code. Also, in some agricultural cases specified by the law, it is still the arbitral tribunal attached to the Chamber of Agriculture that is reliable.

The composition of the decision-making body, the Presidency shows that the Arbitral Tribunal on Commerce was indeed created by the merging of the aforementioned institutions. The Presidency consists of a president, two members from the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, one member from the Hungarian Energy and Public Utility Regulatory Authority, the Budapest Stock Exchange Ltd, the Hungarian Banking Association, and the Hungarian Bar Association.

Article 67(4) of the New Act states that the president and the members of the presidency for the Arbitral Tribunal on Commerce need to be delegated on the 1st of January, 2018. According to Article 67(9) of the New Act the presidency of the Arbitral Tribunal on Commerce needs to accept its Rules of Procedure and Code of Procedures by the 31st of January, 2018, and also to publish the list on its website.

This was done in accordance with the legal provisions, and the final name for the arbitral tribunal was The Permanent Arbitral Tribunal attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry. Also, a new Arbitral Rules of Procedure came into being.[33]

Article 63(5) of the New Act defines the requirements to be on the list of arbitral recommendations as follows:

Article 63(5) Only those excellent professional lawyers can be on the list who:

a) ask for it

b) have at least 10 years of field practice in legal position

c) passed the Bar Exam or an exam equivalent to it in his country

d) are deemed to be fit for arbitrary work by the majority of the presidency

e) is below the age of 70

Contrary to the previous regulations, those who are above the age of 70 are prevented from being on the list. This does not

[32] See: http://www.parlament.hu/irom40/15361/15361.pdf Time of downloading: 25. 10. 2017 15:32.

[33] Regarding the new Rules of Procedure see: http://www.mkik.hu/hu/magyar-kereskedelmi-es-iparkamara/eljarasi-szabalyzat-8716 Time of downloading: 06. 04. 2018. 14:24.

mean that the parties cannot select for their case someone who is above the age of 70 as arbitrator.

The model clause recommended by the Rules of Procedure provides for as follows:

In the event of any dispute arising from or in connection with the present contract, so especially with its breach, termination, validity or interpretation, the parties exclude the state court procedure and agree to submit the matter to the exclusive and final decision of the Permanent Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry (Commercial Arbitration Court Budapest). The Arbitration Court proceeds in accordance with its own Rules of Proceedings (supplemented with the provisions of the Sub-Rules of Expedited Proceedings). The number of arbitrators shall be three and the language to be used in the arbitral proceedings shall be EnglishThe parties exclude the possibility of the retrial of the proceedings as regulated in Section IX of Act no. LX of 2017 on Arbitration. In order to settle the legal dispute the Hungarian substantive law shall apply, excluding its private international law rules.

Even though the parties may differ from the model clause during the arbitration clause, it is important that the model clause excludes the aforementioned newly introduced institution of retrial by the New Act. Of course, to what degree the parties wish to differ from the model clause during the framing of the arbitration clauses is dependent on the subsequent practice.

Article 55 of the New Act includes an important rule that needs to be applied after the starting date of the liquidation in connection with the enforcement of the claim:

In case a liquidation proceeding under Hungarian Law has begun against a Party in the arbitral agreement, claims on money are applicable on the basis of liquidation proceeding law and bankruptcy proceeding law, within the scope of liquidation proceedings, and after the starting date of the liquidation. This provision does not exclude the legal application for claims on non-pecuniary.

From a certain viewpoint, this rule presents a straightforward case, since if a liquidation proceeding against one of the parties has begun, except for claims on non-pecuniary, the claim is applicable within the scope of liquidation proceedings, even if there is a valid arbitral clause between the Parties.[34]

VII. The question about the liability of arbitrators might arise regarding the whole of the arbitration procedure, so we point out some observations concerning this aspect of the liability of arbitrators (non-exhaustive list).

Murányi Katalin, regarding the potential holding of arbitrators liable, refers to Article 56 of the previous Rules of Procedure of the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, which includes the institution of the limitation of liability, and criticises it the following way:

I think that this provision cannot be maintained. It cannot be maintained partly because the court acting on the action for damages will ignore such excluding provision on the basis of Article 314(1)(2) of the Civil Code, and will consider the content of the last sentence of Article 342(1) of the Civil Code. I do not know any reason why such provision should be maintained when today, in Hungary, all the agencies, the national court, the judges, and so on, are liable for compensation (the scope is a different question), only the Arbitral Tribunal and the arbiters are exempt even if they commit a crime. I think the maintenance of such provision would decrease the trust in Arbitration, so I recommend the omission of the provision included in Article 56 of VESZ.[35]

Article 56 of the MKIK, emphasised by Murányi Katalin, includes the following provision:

The arbitrators, the Arbitration Court and the employees of the Hungarian Chamber of Commerce and Industry shall not be liable to any person, for any act or omission in connection with the arbitration.

This provision regarding the full exclusivity of the liability of arbitral proceedings is similar to the rule found in Article 40 of ICC's Rules of Procedure:

The arbitrators, any person appointed by the arbitral tribunal, the emergency arbitrator, the Court and its members, the ICC and its employees, and the ICC National Committees and Groups and their employees and representatives shall not be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration, except to the extent such limitation of liability is prohibited by applicable law.

An important difference between the regulation of the ICC and the MKIK Rules of Procedure is that in the ICC, the limitation of liability is not applicable if such limitation is excluded by the substantive law.[36]

The judgement of the Metropolitan Regional Court's case No. 5.Pf.22.234/2013. gives an important interpretation of Articles 56 of MKIK's Rules of Procedure, in which the Hungarian Chamber of Commerce and Industry was the first defendant:

Defendant 1 may not invoke the defence that he does not attribute to the activity of the arbitration, nor that the regulation of Article 56 of the rules of procedure created by him excludes his liability. As the arbitral tribunal works attached to Defendant 1, Article 30(1) of the Civil Code states that the organisational unit of Defendant 1 is not a legal person, the activity needs to be attributed to Defendant 1. The justification for decision 1281/1993, in which the arbitration proceedings are based on two contracts, one is the Parties' arbitration agreement, the other one is the contract of services between the Parties and the arbiters, are accurate for the proceedings, but can not be attributed to the judgement. The arbitral tribunal cannot serve as a representative for the opposing Parties, as it does not act accordingly to the Parties' orders and interests [Article 474(2) of

[34] See: BOÓC Á.: Hitelezői igénybejelentés a csődeljárásban — Észrevételek a Cstv. 12. § (5) bekezdéséhez *(Claims of Creditors in Liquidation Proceedings – Remarks on par 5 of Section 12 of the Hungarian Bankrpuptcy Code)* In: *Ügyvédek Lapja* 2011/5., szeptember-október, 21 – 24.

[35] See: MURÁNYI: Op. cit. 353.

[36] In this regard see especially: T. H. WEBSTER – M. W. BÜHLER: *Handbook of ICC Arbitration*. Commentary, Precedents, Materials. London, 2014. 610.

Civil Code], but independent of them. Thus, in accordance with Article 58 of the New Act, if the judgement of the arbitral tribunal causes any damage while being in the scope of the ordinary court's judgement, contractual obligations on damages at the time of the damage is formed (Article 349(3) and Article 339(1) of Civil Code)). Article 56 of the rules of procedure which became part of the legal status of the contractual relationship is not applicable for such obligations. The contractual relationship does not exclude the application of the extra-contractual liability if, in the given case, the behavior and wrong jurisdiction is against the law, regardless of the contract. The latter condition is applied to the judicial activities of the arbitral tribunals.

Our opinion is that the judgement establishes crucial and important findings regarding the legal relationship of the arbitration, including questions concerning liability. The judgement points at the characteristics attributed to the legal relationship of arbitration deriving from the Roman Law, which states that the legal relationship of arbitration is basically a contract-like legal relationship, bearing signs of assignments.[37] This status is further emphasized by Decision no. 1282/B/1993. of the Court of Constitution, which states that the arbitration procedure is based on two contracts: the arbitration agreement of the parties and the parties' conclusion of contract with the arbiters.

Thus, the Rules of Procedure forms part of such contractual relationship, which includes the general conditions for the contract, so the limitation of liability of Article 56 belongs here, also, in accordance with the cited section, the provision in Article 56 of the New Act became the content of the contractual nature of the legal relationship. This also means that during the arbitration procedure, the Parties in formal legal relationship, by shifting themselves from under the jurisdiction of the national court to under the jurisdiction of the arbitration tribunal, limit the scope that regulates their legal relationship by accepting arbitration agreement, the governing New Act, and the Rules of Procedure. We point out the well-known fact that the most prominent regulator of the arbitration procedure is the Rules of Procedure. No wonder the following provision exists in Article 6(1) of ICC's Rules of Procedure:

Where the parties have agreed to submit to arbitration under the Rules, they shall be deemed to have submitted ipso facto to the Rules in effect on the date of commencement of the arbitration, unless they have agreed to submit to the Rules in effect on the date of their arbitration agreement.[38]

Pursuant to this provision, if the parties with to apply ICC's Rules of Procedure, the parties ipso facto need to place themselves under that Regulation which is in force the moment the arbitration procedure was initiated, except if agreed that the Regulation in force will be the one that is current at the moment of signing the contract. This is of great importance if the Rules of Procedure changes between the conclusion of the contract and the dispute and initiation of the arbitration procedure.

Pursuant to the referred verdict of the regional court, the nature of the legal relationship changes when the arbitral award is presented. According to the regional court judgement, the nature of the contract is not relevant to the arbitral award. Thus, Article 56 of MKIK's Rules of Procedure on the exclusion of liability is not applicable. The regional court judgement points out that the power of arbitral award is the same as the national court's, implicitly saying that the arbitral tribunal performs public authority when it gives its ruling. The analyzed regional court judgement's position regarding this is that it is a contractual relationship before the award, and for all the damages during this time the rules for breaching contracts apply. However, if the damages are due to the arbitral award, then the rules for non-contractual compensation apply.

On the basis of these, under the scope of the new Hungarian Civil Code, this means that liability for damages caused by the practice of public authority can be applied:

Article 6(549) [Liability for the actions of courts, public prosecutors, notaries public and court bailiffs]

(1) The provisions on liability for damages caused within the scope of administrative

jurisdiction shall apply mutatis mutandis to liability for the actions of courts and public prosecutors, with the proviso that claims shall be enforced against the court or the Prosecutor General in connection with liability for the actions of courts and public prosecutors, respectively.

If the acting court is not a legal entity, the claim shall be enforced against the court whose president exercises overall employer's rights over the judges of the court having no legal personality. A claim may be lodged only if common remedies have been exhausted.

(2) The provisions on liability for damages caused within the scope of administrative jurisdiction shall apply mutatis mutandis to liability for the actions of notaries public and court bailiffs. A claim may be lodged only if common remedies have been exhausted.

The Commentary of the New Civil Code does not mention the liability of arbitration in the rules of liability. It refers, however, to the Civil ruling no. 3/2004. on legal uniformity matters of the Supreme Court which states that the notary public is responsible for the damages done during the notarization as stated in Article 349(3) of the old Civil Code.[39] As we see the double nature of the arbitral legal relationship in relation to the aforementioned judgement, we can observe a crucial crossing of the national court activities and the arbitration activities in case of liability for damages from the judgement.

In conclusion, the Hungarian New Act on Arbitration is a turning point regarding the Hungarian arbitration in terms of legislation, which certainly will pose new questions during practice and will hopefully provide adequate and satisfying answers for those who seek arbitral law enforcement.

---

[37] See: UJLAKI L.: A választottbírósági szerződés jogági elhelyezettsége és tipológiája. (*Place of Arbitral Clause in the Legal System and its Typology.) Jogtudományi Közlöny*. 46 (1991). 216 – 225.

[38] See: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_6 Time of downloading: 08. 09. 2017. 13:08.

[39] See: OSZTOVITS A. (szerk.): *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja. IV*. (*Commentary on Act V of 2013 on Civil Code and on Supplementary Acts.*) Budapest, 2014.213.

The First Correctional Legislation and Codification Following the Regime Change in Hungary

József Pallo *

Abstract

It is almost a quarter of a century since the correctional legislation of 1993 came into effect. The importance of this regulation cannot be stressed enough since its focus was to facilitate Hungary's entry to the more up-to-date European norms. By analysing the social and legal circumstances of the era, the author presents the more important events of the codification, its provisions and long-term effects. The author concludes by stating that modern correctional philosophy has only had a brief impact on the legal evolution of the relevant fields.

Keywords: *Hungarian Prison Code; history; anniversary; reintegration; principle rules; experiences; European Prison Law.*

1. The Motivating Factors Behind the Modernization Efforts on the Brink of the Regime Change

The era following the regime change of 1989 saw an increased vividity both in social life and both in the field of sciences, and the restructuring of the public legal framework was beneficial for the legal sciences. The increasing popularity of the concept of having the national norms reshaped to more closely resemble European values was noticeable in the field of correctional law as well. One of the first warning signs became apparent during the first, euphoric days of the regime change, when acclaimed experts started to point out the importance of change. They argued that: *„…within the process of the renewal of Hungarian justice, jurisprudence has to undertake efforts to reveal the principal, theoretical and practical questions related to correctional law to the society*.[1] The reason behind urging the importance of the concept was that the role of correctional law within the framework formed by criminal proceedings law and the criminal code as a whole had increased by then, but despite this importance, the elaboration of this field was lagging behind the other branches. IT was a direct need that*„every aspect of rights and obligations pertaining to citizens of a given state and the alteration of these rights (including the ones that are altered due to incarceration) have to be regulated by law."*[2]

In order to have this beneficial process started, a more scientific approach to correctional law coupled with a more extensive scope was required. The most significant study of the period in question was that of György Vókó, who took a stand beside the independent nature of correctional law and the inevitability of its development and advance as well. He determined that*„the principal characteristic of the legislation on corrections is to realize the tasks and goals of criminal sanctions, measures and other procedural coercive measures. It cannot be an arbitrary tool since it is destined to fulfil its functions according to legal provisons, constantly obeying the requirement of legality."*[3] The thoughts of Vókó resemble that of JESCHECK, who argued that *„while criminal policy without criminology is blind, crimonology without criminal policy is pointless"*[4] Further interpretation results in conclusions such as the the one according to which criminal policy without criminal procedure policy is blind, but without it, the rest becomes pointless. It is fortunate that later, the legislators managed to utilize this requirement as a standard to a great extent during codification.

The will to change and achieve positive effects was observable throughout Hungarian legislation, since more than a hundred acts were announced, many of which contained provisions related to the criminal code carrying the seed of the new criminal policy and philosophy. Foremost, the amendment of 1991 to the criminal code resulted in the simplication of the system of sanctions and the termination of death sentences (to protect human life), and as an alternative to punishments involving labour (strict correctional labour and correctional labour), and deprivation of liberty, community labour was introduced. As a result of decriminalization measures, shirking and prostitution were no longer condemned. Felonies were sanctioned in a significantly different way, as well as the mitigating and aggravating factors and circumstances. The adjudication of recidivism and exoneration became more favorable. As a main element of

* József Pallo, PhD., Secretary of the the Correctional Sub-committee of the Hungarian Academy of Sciences, Hungary.

1 KABÓDI, CS – LŐRINCZ, J- VÓKÓ, GY., Szót kér a büntetés-végrehajtási jog. In: *Jogpolitika,* Nr.1, p. 19-21.

2 KABÓDI, CS – LŐRINCZ, J- VÓKÓ, GY., Szót kér a büntetés-végrehajtási jog. In: *Jogpolitika,* Nr.1, p. 19-21.

3 VÓKÓ, GY., A büntetésvégrehajtási jog továbbfejlesztésének, tudományos művelésének szükségességéről. *In: Jogtudományi Közlöny.* Nr. 7-8, 1990, p. 277-291.

4 JESCHECK, H., Berichte und Mitteilungen der M.P. G. München, 1980, p. 9.

the criminal justice reform, the principle of the „minimal use of deprivation of liberty" became an observable concept."[5]

A significant professional milestone was that in 1990, the Hungarian Society of Corrections was established, which merged those who advocated advanced codification and modernization. Of course, this process directly influenced the regulations of correctional work. While the main goal was the creation of a new, independentact, the environment of the era only allowed for an amendment, which – following a 1,5-year long preparatory phase coupled with extensive professional talks – came to fruition. The ratio of votes within the National Assembly (minimal amount of abstaining representatives) highlighted the strong political consensus on the field. The road leading up to this event was devoid of greater issues, which is underpinned by the written correspondence between the Hungarian Society of Criminology and the Hungarian Ministry of Justice during Autumn 1991. Deputy State Secretary Károly Bárd argued: *„The principles of the amendment created in relation to the prison code was discussed by the Government during Summer 1991. The accepted bill – in harmony with the contents expressed in the letter of the Hungarian Society of Criminology – puts into view the re-regulation of prisoner rights, the court reviews of disciplinary measures and bestows the general right of seeking legal remedy against the resolutions of the judge responsible for corrections."*[6]

Since these principlesenjoyed a central role in the conceptual background of codification, we cannot avoid a closer analysis of them. However, first we have to recognize the fact that the by the beginning of the 1990 s, the field had reached an impasse from some aspect. They recognized – or rather saw reason – that the correctional codification would be preceded by partial reforms, which means that *„that the change of the political system would bring with it a completely new form of justice was but a mere illusion".*[7] There was another expectation born from the euphoria of the regime change that was also of no avail – namely the one that expected audacious solutions to be made on the field of corrections. While western countries believed that the former Socialist countries would be the forerunners behind the renewal of the Europan correctional systems, the options of the national experts of these countries were limited to picking between already existing western structures. In the words of Károly Bárd: *„…the codificators of the region (along with the subjects of the given regulations) are way too tired for experimenting."*[8]

Professionals of the era in question had to admit that the restructuring of the criminal code and the criminal procedure act was indispensable, but the creation of completely new legal devices was lightyears away.[9] The last case scenario was to reshape certain parts of the correctional legislation, hoping that the more extensive attempts at codification would finally result in the general restructuring of this field. What was wise, however, was that these partial reforms later fell in line with the already mentioned extensive reform and served as its foundations.

One of the principles of codification was to increase the standard of corrections, which was to be realized in three segments. The first was the strictness and punitive nature of justice, which is resembled by the number of incarcerated people at a given time. In this sense, the leeway of correctional law is pretty narrow, since due to its nature, its main task is to realize the „products" of other legal branches, meaning that it has no influence over the judicial phase of the prosecution. Despite this, prison programmes of high quality standard and the reduction of the harmful effects associated with prisons were designated as – likely exclusive – toolsto be used by the prison service during its fight against recidivism

Another important necessity was the increased adherence to the rule of law. This meant the „legalisation" of correctional issues, especially the definition of the status of prisoners and the assurance of the legal protection and remedies available to them. Thus, situating the prisoners within a pre-set system based on rights and obligations while emphasizing theirinalienable rights became a necessity. The provision of legal remedies against disciplinary measures through the introduction of their right to appeal was also an intention. This establishes a system similar to a contradictory procedure: upon the admission of evidence, the judge responsible for corrections holds a hearing, while the prosecutor and the legal representative can participate in the interview of the prisoner. The third principle foresaw the enhancement of the conditions of incarceration based on maintaining the subjects' connections to the external world and creating an open regime which even allows for labour to be conducted outside prison facilities. A significant event of the period in question was joining the European Convention on Human Rights in 1992, which institutionalized the protection of fundamental rights by creating the court dedicated to providing the highest level of protection of said rights, the European Court of Human Rights. During the preparatory phase, the drafts had also been scrutinized by the experts of the Council of Europe[10] who discussed its details, after which they stated that *„about 90% percent of the material satisfies the most sensitive of requirements and the remaining 10% mostly relates to technical, compositional deficiencies that are easy to eliminate. They added: it is unique that a country has international experts to inspect laws of such scope."*[11] As the result of the painstakingly meticulous preparatory phase, Act no. XXXII 1993 (hereinafter: amendment), came into effect on 15 April. It was not only a technical reform of Law Decree no. 11 of 1979, since several provisions were introduced to change certain parts that provide the foundations for a larger-scale future reform (scope of goals, tasks and tools, and the related new techniques).

[5] SEREG, P., Törvény Európába. In: *Börtönügyi Szemle*, Nr. 1, 1994, p. 41-46.
[6] BÁRD, K., Az Igazságügyi Minisztérium válasza. In: *Börtönügyi Szemle.* vol. Nr. 1, 1992. p. 2.
[7] BÁRD, K., Az Igazságügyi Minisztérium válasza. In: *Börtönügyi Szemle.* vol. Nr. 1, 1992. p. 2.
[8] BÁRD, K., Az Igazságügyi Minisztérium válasza. In: *Börtönügyi Szemle.* vol. Nr. 1, 1992. p. 3.
[9] The Criminal Procedure Code came into effect in 1998, the Criminal Code came into effect in 2013 (!)
[10] Members: Norman BISHOP (Sweden), Kenneth NEALE (Great Britain), William RENTZMANN (Denmark)
[11] VINCZE, T., Az Európa Tanács szakértői Budapesten. In. *Börtönügyi Szemle,* Nr. 2, 1994, p. 3-10.

2. The Principles and Subjects of Codification

The changes influenced the correctional field in four different areas: the act modernized the fundamental concepts of correctional work; precisely determined the rules related to the rights of prisoners; expanded the scope of courts in relation to the legal remedies available to prisoners, and in certain cases modernized the internal system for executing sanctions involving incarceration (the so-called regime rules). Obviously, several technical changes closely related to the previously mentioned amendments to the Criminal Code were also implemented. In the following part of this essay, I will attempt to summarize the provisions that are considered the most important, doing so while focusing mostly on the accepted European norms. One important terminological change introduced by the amendment is the fact that the execution of incarceration received a goal. According to the new phrasing, the „goal of incarceration is to – through realizing the prison sentences issued in court verdicts – facilitate the convicts' reintegration into society and have them refrain from committing further felonies". Not only did the new device end the reign of correctional education as a fundamental tool, but it also put a lot more emphasis on the legal sanction put forth by the pertaining act. The efforts of the legislator to have the principles of resocialization and special prevention appear in the text of the draft is perceivable. Of course, stating the goal of incarceration was not meant to be an „anti-educational" move, but it did indeed emphasize a more legal approach which can be interpreted better rather than using general, education-related terminology.[12] Within the scope of the new terminology, another provision determines the approach to the new array of tools. The amendment determines as a task of the correctional field to maintain the self-respect and sense of responsibility of convicts and thus help them prepare for their post-release life. In order to achieve this goal, all available medical, educational, moral and spiritual sources have to be used and conditions should be set that enable for systematic labour. This "assortment" of tools and their use was called „correctional education" by the Hungarian Prison Service. The amendment defines correctional labour as an integral part of incarceration that is dedicated to maintaining the physical and mental state of the prisoners and to offer them an opportunity to gain experience and practice in a certain vocation, an initiative which serves general resocialization.

The particular importance of thos provision stems from the fact that it now precisely sets the place and role of correctional labour during incarceration, ending a long discussion on the topic of „profitable, „socially useful" and „meaningful" labour. It is obvious that the goal of prisoner labouir is not monetary gain, but to achieve these ends. The social benefit is the opportunity itself to participate in labour, and to join vocational and other trainings which facilitate the achievement of the pre-set goals set by the pertaining legislation. The new provisions are much more related to the aspect taken by international norms on incarceration. Thus, the regulation fell in line with the European rules and the two vital parts (the use of criminal sanctions and the facilitation of social reintegration following release) also provide the breadth within which the rules of execution can be applied. The scope of cooperating agencies and bodies also expanded with the appearance of prison missions and several social organizations dedicated to facilitating post-release social reintegration. I consider particularly important that the legislators of the era focused heavily on modern European fundamentals which are known today as the principles of incarceration.[13] One of such fundamental principles is normalisation. The fact that deprivation of liberty is the harshest of punishments since it deprives the free men from their most important right, freedom (with the use of state coercive measures) is a principle that had become a generally accepted criminal-philosophical principle with a relative delay. This principle serves as the foundation for the approach according to which the goal of incarceration is the deprivation of liberty in itself, nothing else. In order to have this concept appear in practice with meaningful content, a more abstract way of phrasing is required: during incarceration, the sanctions imposed upon a convict cannot be more severe and exhaustive than what is set in the legally binding verdict of the court. This prerequisite can only be met it we ensure that the conditions of incarceration resemble the conditions available outside the prisons. What has to be ensured, however, is that the goal of incarceration cannot be harmed, and normalization cannot become pointless since its „limits" are set by law. Another important aspect is the fact that each country approaches the question of having prison environments resembling the environment of free life differently. In other words, this endeavour isheavily influenced by the support provided to their respective prison services. From this aspect, the solutions and opportunities of the European countries vastly differ, mainly due to their diverging history. What is certain, however, is that the efforts to have internal environments resemble the conditions of external life can never be as limited as to give way to inhuman or degrading treatment. In the end, normalization serves the purpose of having the prisoners situated in an environment which helps them develop personal and social skills that allow for an independent, law-abiding way of life. This goal is realized with the contribution of correctional probation officers. The success of social reinsertion depends greatly on whether the treatments dedicated to each convict are truly personalized or not. In order to achieve the intended goals by the end of one's imprisonment, it is paramount that each and every inmate receives treatment which is dedicated to their individual personality and needs.[14] Personalization is a gradual procedure which appears as soon as a court decision is made, since the judge responsible for a given case also determines the sentence severity as a first step. Following this, the convicts are evaluated and classified within the prisons based on personal

[12] Amendment § 38

[13] PALLO., Karakteres elvek és értékek napjaink büntetés-végrehajtási jogában. In: *Belügyi Szemle*, Nr. 10, 2017. p. 123-137.

[14] PALLO., Charakteristische Prinzipien und Wert in unserem heutingen Strafvollzugstrecht. In: HOMOKI, M (Hrsg.) Ünnepi kötet Dr. Nagy Ferenc egyetemi tanár 70.születésnapjára Szegedi Tudományegyetem Állam- és JogtudományiKar, Szeged, 2018, p. 789-800.

aspects (age, criminological characteristics, reintegrational considerations, health etc.) and identify reintegrational needs. The reintegration plan is a last step that is created with the cooperation of the prisoner. The execution (or, if required, modification) of this plan is dedicated to increase the subjects' capability of participating in a life of freedom in order to determine the most suitable reintegrational programs for each individual. The principle of openness means that prisoners are allowed to maintain a more extensive contact with society. The precondition for this endeavour is to have legal institutions in place that allow for short-term leaves. The greatest novelty introduced by the amendment was without a doubt the Reduced Severity Regime. The other component of openness is the vast array of possibilities available within prisons to serve the purpose informing the inmates about the events taking place outside. As a sign of due professional precaution, this opening towards the external world could work if the process itself is gradual and well thought-out. The amendment dedicated a separate section to provide an exhaustive summary of the rights and obligations of those deprived of their liberty and did so in a much more precise manner than before. It contains the legal obligations set by relevant provisions, the general rights attributed to the inmates and even the ones that are limited and / or suspended for the duration of their incarceration. This new approach is perceivable in the case of obligations as well. However, several limitations serving the role of counterweights are imposed on the side of the authorities as well. For example, the convicts are required to spend the duration of their sentencewithin a place designated by the prison service. This obligation of course also includes the specified prison institution and the cell – or living area – within it. Other provisions, on the other hand, set the related duties of the prison service. Such a duty is to accommodate prisoners in an institution closest to their residence or the appearance of rules pertaining to the due and decent accomodation of inmates. The amendment is the first device to contain the rights of convicts divided into groups based on obvious criteria. The appearance of the rights that are bestowed upon convicts as human beings and citizens is a concept that is fundamental to the regulation, which means that these rights (e.g. right to life or human dignity) cannot by any means become damaged during incarceration. The act further divides the rights originating from the citizenship of the convicts into sugroups, determining the rights that are suspended (freedom of choosing location, the right to strike), the rights that are modified (right to work) and the rights that characterise the relation between the convicts and the agency responsible for the execution of sanctions (e.g. alimentation and maintaining contacts). The purpose of the legislator, namely to find an equilibrium between protecting the order and security of incarceration and ensuring the convicts' rights guaranteed by law, is perceivable. The principal intention was to unconditionally ensure that each of these elements work jointly, an effort which was served well by the exhaustive recital of the rights and the detailed list of the relevant limitations. Another important principle that was stated by the amendment was that the obligations and rights resulting from citizenship are suspended and limited as it is dictated by the verdict, or the relevant legislation.[15] A s a principal motivating factor behind the regulation, a few words have to be said about the effort aimed at breaking away with the paternalistic approach. The concept of this effort is that while prisons may facilitate social reinsertion; it is the prisoners themselves who carry with them the potential for the successful realization of this goal. Professionally adequate solutions can only be provided if the system encourages participation in dedicated programs, but never forces it. The introduction of semi-open incarceration, which became known as the Reduced Severity Regimewithin the framework of Hungarian correctional legislation, is a revolutionary step. This device uses progressive principles to gradually ease closed-institution conditions to make prison environments more resembling to the conditions of free life.[16] Another important step that shows the increasing popularity of the changing approach is that it allowed for the use of evening outsnot exceeding 24 hours in order to help the convicts maintain their family relations. The inviting bonus of permitted leave was also included among the rewards. The picture of a „humanitarian" prison service was further strenghtened by other options such as allowing visiting sick relatives or attending their funeral.

3. The Significance of the Amendment and its General Historical Consequences

As a summary, it can be stated that the harmonisation of law of 1993 expressed a clean-cut intention of adapting the European penal philosophy to the national one. As an important result, the spirit of the correctional rules of 1987 emerged and the array of fundamental principles was widened by the values of normalization and openness. I also consider it important to point out that the goal of incarceration appears in the point of the sanction itself, as a tool.[17] However, the lack of an independent act on corrections – as it was originally intended – kept overshadowing the following years. The handicap resulted from the fact that this „semi-codification" did not make it possible to abolish the inherited professional and systematic deficiencies and it was also incapable of efficiently handling the newly emerging contradictions. It is without doubt, however, that the amendment did indeed reduce the rigidity of the prison system, strenghtened the fundamental correctional relations and also allowed for a calculable system that limits arbitrariness. Despite all these advances, the Hungarian correctional legislation remained a „patchwork" regulation in the following era, one that was based on the unstable foundation of an immature and not so well thought-out legislation often full of compromises.[18] The coming into effect of the amendment was without a doubt a great improvement, and it urged for the restructuring of the earlier prison model in order to create a system of effects that

[15] Amendment, § 32.
[16] CSÓTI, A – LŐRINCZ, J., Múlt és jövő. In: *Börtönügyi Szemle*, Nr.3, 1997, p. 27-38.
[17] This is a very important statement, since in the regulation of 2013, the sanction itself appears as a goal.
[18] PALLO, J-FORGÁCS, J., Vonzások és választások. In: *Belügyi Szemle,* Nr. 11, 2015, p. 77-95.

better serve social reinsertion. In other words, or rather from another apsect, prison service was intended to become a service that is based on the voluntary cooperation of convicts while also alleviating the negative stereotypes that are society associated with the service itself. The further decisions aimed at achieving certain European norms continued to support this endeavour. The adaptation of the European Prison Rules of 1987 was a crucial step. This system of norms appears as a comprehensive whole of rules and does not force the member states to carry out impossible tasks. Its basic goal is to provide guidelines which efficiently help correctional modernization and improvement in member states and offer support in solving questions not yet implemented into domestic (national) legislation. From the aspect of correctional legislation, several ministerial decrees that regulate certain key areas of sentence execution enjoy great significance but since they were issued with significant delays, their execution was somewhat lax. However, following coming into effect, these regulations provided ample guidance in several sub-areas for those performing work related to the area in question. The most characteristic regulations were introduced in Ministry of Justice Decree no. 6/1996 (VII. 12.) on incarceration and pre-trial detention.

Summarizing the effects of the amendment it can be determined that during the first years of the regime change, reform initiatives raised hopes that beside the necessary legal modernization, they were also capable of initiating fundamental changes in the objective and subjective conditions of the operation of the Hungarian prison system. It was not long before it had become apparent that the economic status of the country did not make this possible. On the contrary, the resources were even more limited than before. The sough-after extensive correctional reform thus was canceled again, condemning the prison situation as a secondary issue. In my opinion this is another evidence to the widespread false pretense, according to which corrections is unimportant, since it is capable of fulfilling its basic functions mechanically.[19] This approach induced a professional-ethical crisis, which – as a returning phenomenon – resulted in an increased vividity and effervescence. I believe that this is another correctional consequence: advances require professional crises that release potential energies which feed from the deepest abyss of the profession. For example, a particularly vigorous clash emerged on the field of inmate labour, the relations between the social environment and the prison service were re-evaluated in a novel way, and there was an increased vividity in the investigations of the informal structure and the internal, sociological movements of prison society. For me, all this means the „synthesis of prison issues, namely correctional legislation", since it depicts all the areas which are focused on the individual deprived from his or her liberty. In my opinion, there are only a few fields of science where the knowledge material is dynamically and constantly changing and where everyday events make its "curriculum" vivid and living. Correctional law in a modern sense is just like that, in a sterile way, because as it feeds on reality, it directly syphons the legal, economical and penological principles of criminality as a social phenomenon. Taking into account the above I conclude that due to its undoubted interdisciplinary characteristics, correctional law is about to be one of future's determining branches of science, which will finally move it from the category which is often deemed undeserving or *„secondary"*.By looking further than the direct professional effects of the amendment, it is also apparent that it also had the indirect effect of starting a theoretical effervescence which had not been seen for a long time. I could also say that the correctional field has experienced its very own *„Sturm und Drang"* era where after a period of longing came the constructive storm. This is evidenced by the fact that the amendment provided a lot more quality answers than open questions and resulted in a harmony which is far greater than the residual disharmony.[20] A direct result of these elementsis that in the last quarter of the century, the interpretation related to the amendment has never been derailed and remains in correctional law as the enduring mark of an ideal, advanced concept. As an advocate of the scientific development of correctional law I believe that overlooking this 25-year anniversary would be a mistake, if not a sin. I sincerely hope that with my essay I could also nod on behalf of times past towards those who – with their knowledge and dedication – realized a legislation that embodies the essence of the correctional hopes and intellectuality of the post-regime-change prison situation.

[19] PALLO., Új horizontok a büntetés-végrehajtási jogban. In: HACK, P (Hrsg.) Kodifikációs Kölcsönhatások. Tanulmányok Király Tibor tiszteletére. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest. 2016, p. 231-248.

[20] PALLO., Era of Change in the Hungarian Prison Law. In: Usaglasavanje Pravne Regulative Sa Pravnim Tekovinama (Acquis Communautaire) Europske Unije. Banja-Luka, 2018b, p. 135-152.

Some Notes on Cicero's Plea on behalf of Caecina. Conclusions and Ways Out

*Jiří Bílý**

Abstract

Pro Caecina is a speech delivered by M. T. Cicero on behalf of A. Caecina in a civil case concerning the ownership of a farm near Tarquinii. Caecina had inherited this farm from his wife Caesennia, but her former agent, Sextius Aebutius, attempted to claim ownership. This speech was made (usually dated to 69 BC) at the end of a series of actions between Caecina and Aebutius concerning the farm. Cicero explains the history of the situation in the opening of his address in order to demonstrate the reasonableness of Caecina's actions.

Keywords: *Cicero; Caecina; Aebutius.*

Introduction

Cicero's plea on behalf of Caecina was made in order to settle a dispute about an estate, the „Fulcinian farm". The dispute had arisen as a result of three successive wills:

Fulcinius made a will in which he instituted his son Marcus as his heir and left a usufruct of all his property to his wife Caesennia so that she would enjoy it along with their son jointly.

Fulcinius' property included a country estate, the „Fulcinian farm", which he had bought some time previously. Fulcinius died.

Marcus Fulcinius, the son of this marriage, in his turn made a will in which he instituted a certain Publius Caesennius as his heir and also bequeathed a large sum of money to his wife; in addition he left the largest part of his property to his mother Caesennia. Then Marcus died too; his property was auctioned so that the proceeds could be divided up. At the auction Aebutius, a business relation of Caesennia, bought the Fulcinian farm. Since the death of her son, Caesennia had enjoyed the full usufruct of the farm alone. According to Cicero, Aebutius was acting on behalf of Caesennia because an investment like that was an obvious step for her to take. As it happened, the Fulcinian farm bordered on another estate, the „Dotal farm" of which Caesennia had acquired the ownership after Fulcinius had sold it to her for money from her dowry.[1]

In the meantime Caesennia remarried. She then made a will in which she instituted her second husband, Caecina, for 23/24ths; Marcus Caesennius, a freedman of her first husband, for 1/36th and Aebutius for 1/72th. In due course Caesennia died too.

Thereupon a dispute arose between Caecina and Aebutius about the Fulcinian farm; Caecina claimed that it was part of the inheritance under Caesennia's will, whereas Aebutius asserted that the estate belonged to him because he had bought it for himself, not for Caesennia. Because Caesennia's records, which might have proved the true state of affairs, seemed to have been lost without trace Cicero could not prove that Aebutius had bought the farm for Caesennia, or that she had paid for it.

The parties decided to bring the case to court. They agreed that in accordance with the procedure vis ac deductio moribus Aebutius would expel Caecina formally from the Fulcinian farm and would then let the court decide which of them, Aebutius or Caecina, had the greater claim to the farm. Aebutius did not keep to the agreement and used a band of armed accomplices to prevent Caecina and his supporters from entering the Fulcinian farm. Caecina avoided an armed conflict by asking the praetor to issue an interdictum unde vi armata. The request was granted and the case was brought to court; Cicero appeared for Caecina and Piso defended Aebutius. The proceedings were adjourned twice and at the third session Cicero made the plea on behalf of Caecina, with which we are dealing now. This third session focused solely on a point of law, namely whether the interdict de vi armata was in fact applicable to the case in question.[2]

The Orations

From Cicero' words it can be deduced that Piso's plea during the second session had been based on the following arguments:

* Doc. JUDr. PhDr. Jiří Bílý, CSc., Metropolitan University Prague, Czech Republic.

1 Tweedie, F. C., 2010, Pro Caecina. In: The Literacy Encyclopedia. Volume 1. 1. 2. Ancient Roman Writing and Culture. Ed. J. Widberger, American University of Paris.

2 Bögli, H., 1906, Ueber Cicero's Rede für A. Caecina. University of California Libraries.
Nicosia, G., 2012, Il processo privato romano: corzo di diritto romano. Turin.

In the case under consideration there could only have been „deiectio" in the true sense of the word if the person who had been driven out had been in possession of the farm.[3] Caecina however, had never possessed the estate; he was therefore not able to use this interdict.

There was no question of deiectio. Aebutius had simply prevented him from entering it: "non deieci sed obstitui". Furthermore, neither Aebutius nor his accomplices had in fact used force since neither Caecina nor any of his supporters had been killed or wounded.

Cicero refuted Piso's plea on the basis of two main arguments:

deicere can also apply to cases where someone is prevented from entering a certain place in that he is then also driven out of a certain place. In addition Aebutius and his accomplices did use force in the sense of the interdict, since Aebutius and a group of armed men threatened to use force against Caecina and his friends.

The interdictum de vi quotidiana. the normal interdict relating to violence, contains the following two phrases: "cum ille possideret" and "quod nec vi nec clam nec precario possideret".

The second phrase refers to the exceptio vitiosae possessionis: according to the latter phrase, the person who asked for the interdict to be imposed, was not permitted to have any faulty possession. The first phrase "cum ille possideret" indicates that possession was a pre-requisite for the normal interdict de vi. In view of the fact that neither of these two phrases occurred in the special interdict on armed violence, which Cicero had requested for Caecina, Cicero concluded that the existence of faulty possession was not relevant to this last interdict and that it was not even necessary for the plaintiff to have had possession. Caecina was therefore actively authorised for this trial.[4]

Cicero also commented extra causam (i.e. outside his case) that Caecina did have possessio. Originally Caesennia had had possession of the estate on the ground of usufruct. For the tenant who rented the farm first from Caesennia and later in the same way from Caecina, nothing changed. Why then should Caecina as Caesennia's heir not have the same title to possession? He had visited the farm once since then and had received a statement of account from the tenant.

It is not known how the lawsuit ended. It is fairly generally accepted, however, that Cicero won.

Texts

1. De vi (non armata/quotidiana)
   UNDE TU AUT FAMILIA AUT PROCURATOR TUUS ILLUM AUT FAMILIAM AUT PROCURATOREM ILLIUS IN HOC ANNO VI DEIECISTI, CUM ILLE POSSIDERET, QUOD NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO A TE POSSIDERET, EO RESTITUAS.[5]
2. De vi armata
   UNDE TU AUT FAMILIA AUT PROCURATOR TUUS ILLUM VI HOMINIBUS COACTIS ARMATISVE DEIECISTI, EO RESTITUAS.[6]
3. Cicero, Pro Caecina, III 9:
   Verumtamen nimiae vestrae benignitati pareremus, si alia ratione ius nostrum recuperare possemus. Nunc vero quis est qui aut vim hominibus armatis factam rellinqui putet oportere, aut eius rei leniorem actionem nobis aliquam demonstrate possit? Ex quo genere peccati, ut illi clamitant, vel iniuriarum vel capitis iudicia constituta sunt, in eo potestis atrocitatem nostram reprehendere, quum videatis nihil aliud actum nisi possessionem per interdictum esse repetitam.
   We would really very gladly respond to your excessive kindness if we could regain our rights in another way. Is there in fact anyone who thinks that force exerted by armed men should be allowed to go unpunished or who can indicate a more lenient form of legal action? If the type of unlawful behaviour, such as these people proclaim, has led to creating lawsuits on account of iniuria or of capital crimes, how can you accuse us of vindictiveness now that you see that all we are doing is reclaiming our possession, with the help of an interdict.
4. Cicero, Pro Caecina, VI 17:
   Hac emptione facta, pecunia solvitur a Caesennia; cuius rei putat iste rationem reddi non posse, quod ipse tabulas averterit; se autem habere argentarii tabulas, in quibus sibi expensa pecunia lata sit acceptaque relata: quasi id aliter fieri oportuerit. Quum omnia ita facta essent, quemadmodum nos defendimus, Caesennia fundum possedit locavitque: neque ita multo post A. Caecinae nupsit.
   After the sale had taken place the money was paid by Caesennia; he thinks that no account of this fact can be produced because he himself made the cashbook disappear; however, he does have the banker's book in which the price is first charged to him on the debit side and is then transferred to the credit side. As if this should have been done in any other way. After all these things were done just as we maintain, Caesennia took possession of the farm and let it; and it was not long until she married A. Caecina.
5. Cicero, Pro Caecina, XXVII 75:
   In hac ipsa caussa, recuperatores, si hoc nos non obtinemus, vi armatis hominibus deiectum esse eum, quem vi armatis hominibus pulsum fugatumque esse constat, Caecina rem non amittet, quam ipsam animo forti, si tempos ita ferret, amitteret; in possessionem in praesentia non restituetur: nihil amplius.

---

[3] Piganiol, A., 1962, Les documents cadastraux de la colonie romaine d'Orange. Centre National de la Recherche Scientifique. Paris.
Dilke, O. A. W., 1971, The Roman Land Surveyors: An Introduction to the Agrimensores. Newton Abbot.
Crawford, M. H., 1971, The Lex Iulia agraria. In: Athenaum 67.
Thulin, C. (ed.), 1913, Corpus agrimensorum Romanorum I. Opuscula agrimensorum veterum. Teubner, Lipsia.
Chouquer, G., Clavel – Levęque, M., Favory, F., 1982, Cadastres, occupation du sol et paysages agraires antiques. In: Annales 37, 1982.

[4] Johnston, D., 1999, Roman Law in context. Cambridge University Press.

[5] Lenel, O., 1927, Das Edictum Perpetuum, 3rd edition. Leipzig, str. 461.

[6] idem, str. 467.

If, o worthy judges, we do not succeed in this trial in proving that a person, of whom it is certain that he was chased out and made to flee by the fore of armed men, is regarded as someone who was driven out by armed men, then Caecina does not lose his case, the loss of which, were it to occur, he would bear bravely. For the moment he should not regain possession: nothing more.

6. F.C. von Savigny:[7]
   "Cur ergo aut in illud quotidianum interdictum, unde ille me vi deiecit, additur, cum eqo possiderem, si dejici nemo potest, qui non possidet: aut hoc interdictum, de hominibus armatis, non additur, si oportet, quaeri, possederit, nec ne?"
7. Cicero, Pro Caecina, XXXII 92:
   In ilia vi quotidiana non satis est posse docere se deiectum, nisi ostendere possit quum possideret turn deiectum. Ne id quidem satis est, nisi docet se ita possedisse, ut nec vi nec clam nec precario possederit.
   In that normal type of violence it is not sufficient to show that he was driven out unless he can prove that he had possession when he was driven out. And even that is not sufficient unless he shows that he had possession neither by force, fraud or favour.
8. Cicero, Pro Caecina, XXXII 93:
   „ecquit interest, utrum in hoc sit additum QUUM A. CAECINA POSSIDERET, necne"?
   And it does really make a difference if the phrase QUUM A. CAECINA POSSIDERET is added, doesn't it?
9. Cicero, Pro Caecina, XXXII 94:
   Atque ego in hoc Caecinam non defendo: possedit enim Caecina, recuperatores: et id, tametsi extra caussam est, percurram tamen brevi, ut non minus hominem ipsum quam ius commune defensum velitis. Caesenniam possedisse propter usumfructum non negas. Qui colonus habuit conductum de Caesennia fundum, quum idem ex eadem conductione fuerit in fundo, dubium est quin, si Caesennia tum possidebat, quum erat colonus in fundo, post eius mortem heres eodem iure possederit? Deinde ipse Caecina, quum circumiret praedia, uenit in istum fundum, rationes a colono accepit. Sunt in eam rem testimonia.
   But as far as that matter is concerned I don't defend Caecina at all: Caecina, o worthy judges, did have possession; and, although the matter is outside my case I shall deal with it briefly in order to make you no less anxious to defend the man himself than the common law. You do not deny that Caesennia had possession by virtue of usufruct. Since the tenant who had Caesennia's farm on lease stayed on the farm by virtue of this same lease, is there still any doubt that if Caesennia had possession when the tenant lived on the farm, her heir after her death had possession by virtue of the same legal right? Then Caecina, when he went on a tour of his property, also went to that farm and received a statement of account from the tenant. There is evidence to prove this.

Generalization

Among legal historians there is a growing interest in the legal history of the 19th century. To what extent has there really been a fresh start in the subject? Modern Romanist research is still heavily influenced by the historical and systematic method of the Historical School. My investigation about the extent of this influence for modern Romanist research was prompted by two recent studies concerning Cicero plea on behalf of Caecina i.e. Stroh's book[8] and Frier's book.[9] They both relied on the modern Romanist literature, which is still dominated by the ideas that stem from Friedrich Karl von Savigny. As a result the original meaning of this important Roman source is obscured for ideological reasons and Cicero is erroneously depicted as a pettifogger. Because of this ideological influence their research was bound to be flawed. In this first paper I shall concentrate on Stroh's research; I'll deal with Frier's work in my second paper, in addition i shall put forward an new interpretation of the pro Caecina which has the "veracity" of Cicero as its underlying principle.[10]

a) The theories of von Savigny, G. Nicosia, W. Stroh

Von Savigny: although two interdicts, de vi quotidiana and de vi armata, are mentioned in the sources they are in fact one and the same. Cicero also mentions the deductio quae moribus fit, a ritual that was used in those days to introduce a reivindicatio; the interdictum de vi was the only one that was still important for Justinian law; no further attention has to be paid to the deductio moribus. Cicero distorted the facts by asserting that Caecina had had possession; he distorted the law by claiming that possession as such was not required for the interdictum de vi armata.

Nicosia (following von Savigny):[11] deiectio was a technical concept that applied only to someone who was possessor. Cicero actually used three lawyers tricks. Trick 1: Cicero changed the logical order of his dispositio, by first refuting Piso's second argument about deiectio; trick 2: Cicero stated that Caecina did in fact have possession and also that Caecina did not need possession for this interdict; trick 3: Cicero gave an independent meaning to the redundant words in the formula of the interdict de vi quotidiana, "cum ille possideret", a clause that was missing from the de vi armata, in order to demonstrate that possession was not required for the interdict de vi armata.

Stroh: Nicosia's first trick is the retorical device of "retorsio criminis" i.e throwing a reproach back to the adversary before the latter has a chance to use the same reproach.

b) Distortion of the facts?

According to my new interpretation of Cicero Pro Caecina XXXII 94 iuncto Cicero Pro Caecina VI 17: Cicero does

[7] von Savigny, F. C., 1837, Das Recht des Besitzes. 6th edition, Giessen, p. 512.
[8] Stroh, W., 1975, Taxis und Taktik: die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden. Stuttgart: B. G. Teubner, 1975.
Stroh, W., 2008, Cicero. Redner, Staatsmann, Philosoph. Munich: C. H. Beck, 2008.
[9] Frier, B. W., 1985, The Rise of Roman Jurists: Studies in Cicero's Pro Caecina. Princeton University Press.
[10] Ludwig, W., 1982, Éloquence et rhétorique chez Cicerón: sept exposés suivis de discussions. Fondation Hardt. Michigen University Press.
[11] Nicosia, G., 1965, Studi sulla „Deiectio", vol. 1, Milano, dating the speech to before 71 B.C.

not assert that Caecina had possession by virtue of Caesennia's usufruct - which he could prove - but he states indirectly that Caecina had possession by virtue of Caesennia's ownership - which he could not prove; therefore Cicero did not distort the facts.

c) Distortion of the law?

For Cicero in principle every word in the formula, which was of recent origin, was of equal importance. Therefore one has no right to assert that Cicero was distorting the law by using these words - including cum ille possideret - for his argument. Cicero does not betray himself in Pro Caecina III 9 and in Pro Caecina XXVII 75, because Caecina had possession. Cicero did not distort the law.[12]

d) Retorsio criminis?

In the Roman literature on rhetoric the retorsio criminis has never been mentioned; it is probably a modern device introduced by Heinze. Cicero did not change the order in the dispositio: in the second and third phase of the lawsuit the status used by both parties was that of verba-voluntas: the special feature of this exercise was that both the advocates changed position within the framework of this status in connection with deicere and with possessio.

Conclusion

Von Savigny wrote „Das Recht des Besitzes" in 1803 with the German „Agrarfrage" in mind; at the time this was a thorny political problem linked with the abolition of the feudal system in Germany.

In his study on the Roman law of possession von Savigny wanted to demonstrate how useful Roman law could be to the German people who had so recently thrown off the Napoleonic yoke and was building a new future. In order to save his system von Savigny was forced to produce an interpretation of Cicero's Pro Caecina which is unacceptable from the point of view of legal history. It is very surprising that a modern Romanist like Nicosia paid no attention to the ideological background of von Savigny's work and that he used his theories as well as his methods for his own research into **deiectio**. Since Stroh's rhetorical interpretation of the Pro Caecina was based on the work of von Savigny and Nicosia, it was also doomed to failure. On the other hand Stroh could himself have come to the conclusion that this interpretation was not in keeping with the wording and the intention of the Pro Caecina. It seems to me that this research is contaminated by a romanistic disease comparable to the "Interpolationenjagd", namely orator-hunting. If we could free ourselves from the paralysing influence of the Historical School our research would greatly benefit.

[12] Tellegen, J. W., 1989, Joint Usufruct in Cicero's Pro Caecina. In: New Perspectives in the Roman Law of Property (ed. P. Birks). Oxford.

Europäische Einigungsbestrebungen vom Mittelalter bis zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 – Teil III.

(The Dreams of Unifying Europe from the Middle Ages to the Foundation of the European Economic Community (EEC) in 1957 – Part III.)

Diemut Majer[*]*, Wolfgang Höhne*[**]

Abstract

The book deals with the ideas of Europe. Europe was on one hand the center of many crisis and wars, on the other hand a center of common cultural developments – from Christendom and Enlightment up to music, poetry and arts. The text goes back into history and shows that the visions of a common Europe did not only arise after World War II, but were already present in the Middle Ages. The theories of the ancient state-philosophers and other scholars show surprising similarities with the basic problems of the EU of nowadays. Theses visions were always combined with the deep desire and many appeals for a lasting peace in Europe – in former centuries an utopia, realized only in the second half of the 20th century.

Keywords: *European unification; European peacemaking; sovereignty of states vs European institutions as key question from the medieval ages up to the 20th century; European ideas in the medieval ages - federation of medieval princes; conquer of the holy land - Pierre Dubois; Flavio Biondo / Urban II.; Enea Silvio Piccolomini - Christian nature of the European countries; war against the Osman Empire; reform of the church; Erasmus of Rotterdam; dominance of France in Europe; principals of international law (Hugo Grotius).*

5. Der Europäische Gedanke im Zeitalter des Wiener Kongresses

Der Wiener Kongress

Der Wiener Kongress war seit den Kongressen von Münster und Osnabrück (1648) die erste gesamteuropäische Versammlung. Beide dieser Versammlungen standen vor grundlegenden Problemen. 1648 ging es darum, den seit 1618 andauernden Krieg zu beenden und die jeweiligen Gebietsgewinne und -verluste in ein erträgliches Gleichgewicht zu bringen sowie der Gleichberechtigung der katholischen und evangelischen Bekenntnisse unter Anwendung des Prinzips cuius regio – eius religio[1] Rechnung zu tragen.

Zahlreiche europäische Ideen[2] tauchten in dieser Epoche auf, von denen jedoch nur die Ideen des Wiener Kongresses Bedeutung erlangen sollten. Der Kongress begann im November 1814 und endete im Juni 1815. Ähnlich wie in Münster und Osnabrück galt es, eine europäische Neuordnung zu finden. Die

* Diemut Majer, emeritierte Universitätsprofessorin. Sie ist Rechtsanwältin in Karlsruhe, Deutschland.
** Dr. Wolfgang Höhne ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Frau Prof. Majer.

1 Die Bürger eines Landes hatten der Religion des Landesherren anzugehören.

2 So entwarf der Sozialphilosoph **Henri de Saint-Simon** (1760-1825) einen Plan zur Reorganisation der europäischen Gesellschaft nach parlamentarischem Vorbild (1814) (zit. nach Mittag, S.40).

Von Schmidt-Phiseldek, ein Diplomat im dänischen Dienst, entwarf das Projekt eines „Europäischen Bundes" (Kopenhagen 1912), Original: Mémoires sur la réorganisation de la société européenne (1814), der eine europäische Conföderation, deren Organe einen Bundeskongress sowie eine Bundesversammlung (Deutscher Bund) vorsahen, die in der Mitte Europas in Frankfurt tagen sollten. Ferner forderte er einen stabilen Rechtszustand durch Zusammenwirken aller selbständigen Staaten des christlichen Europa. Die Repräsentanten auf dem Bundeskongress sollten Delegierte der Staatsoberhäupter sein. Dieser Kongress sollte über alle inneren und äußeren Fragen beraten und entscheiden; ein Bundesgericht sollte Streitfälle schlichten, die Staaten müssten durch eine bewaffnete Bundesmacht zur Befolgung der Entscheidung angehalten werden. Das Verhältnis des conföderierten Europas zur übrigen Welt müsse neu gestaltet werden. Dieser Plan ähnelte sehr dem Deutschen Bund von 1815 (Der Europäische Bund, Kopenhagen 1821; zit. nach Geier, S.73f.).

Friedrich List, ein deutscher Nationalökonom und Wirtschaftspolitiker (1789-1846) forderte 1840 in seinem Werk: Das nationale System der politischen Ökonomie Ziele, Ideen und Konzepte, die Vorstellungen einer mitteleuropäischen Wirtschaftseinheit beinhalteten (Konzept eines Kontinentalsystems ohne England), und zuletzt auch die politische Einheit in Europa. Seine Kernformulierung lautet: „Die dem napoleonischen Kontinentalsystem zugrunde liegende Idee ist und bleibt eine wahre, solange die Kontinentalnationen in der Gewerbeindustrie, in Handel und Kolonien, in Schifffahrt und Seemacht noch so unendlich weit hinter England stehen." (zit. nach Mittag, S.40).

Constantin Frantz (deutscher Philosoph, 1817-1891) fordert 1879 in seiner Schrift: Der Föderalismus als das leitende Prinzip für die soziale, staatliche und internationale Organisation, unter besonderer Bezugnahme auf Deutschland, kritisch nachgewiesen und constructiv dargestellt die damals neue eines „Bundes der Völker" (nicht der Staaten). Er sieht Deutschland als Kernstück eines europäischen Bundes in einem abgestuften System von Föderationen. Das Endziel sei die Erweiterung zum Weltbund auf der gemeinsamen Basis des Christentums. „Dazu kommt, dass, wenn erst der Westdeutsche Bundeskörper bestände, wohl auch Holland, Belgien und die Schweiz Interesse finden würden, sich unter irgendeiner Form diesem Körper anzuschließen, wie sie ehemals zum Reich gehört hatten", (zit. nach Mittag, S.41).

Landkarte zeigte einen bunten Flickenteppich von etwa 1800 weltlichen und geistlichen Herrschaften, die jeweils Autonomie gegenüber den Reichsinstanzen beanspruchten. Im Gegensatz zu 1648 ging es aber in Wien nicht um eine Festschreibung der durch den Krieg verursachten Gebietsverschiebungen, sondern um die *Rückgängigmachung* der napoleonischen Eroberungen und um territorialen Ausgleich. Die vielen hundert Bevollmächtigten ihrer jeweiligen Herrschaftshäuser hatten daher durchaus ein „europäisches" Gefühl, gleichzeitig aber auch den erklärten Willen, sich ein möglichst großes Stück aus der napoleonischen Beute zu sichern. Immerhin zeigten sich schon Vorzeichen einer europäischen bündischen Ordnung, da der noch zu erörternde „Deutsche Bund" in den Artikeln 53 bis 63 Teil der Wiener Kongressakte vom 8. Juni 1815 war. Das passte jedoch nicht so recht in den damaligen allgemeinen Trend zur Nationalstaatenbildung, aber die Sicherheitsbedürfnisse erzwangen eine solche Allianz. Ziel des Deutschen Bundes war es, das Legitimitäts- und Interventionsprinzip dauerhaft zu sichern, vor allem gegen Frankreich. An Europas Fürstenhöfen ging die Furcht vor einer europaweiten konstitutionellen Bewegung um, denn überall wurden Vaterlandsliebe, Nationalgefühl und Beschränkung der fürstlichen Gewalten beschworen. Die Fürsten sollten, so ihre Forderung, Verfassungen erlassen und ständige Landtage einrichten.

Gesamteuropäische Tendenzen zeigten sich insbesondere in den großen Aufständen: Der Aufstand der Griechen 1821 gegen die türkische Besatzung stärkte das europäische Gemeinschaftsgefühl, der polnische Aufstand 1830 und die belgische Revolution 1830 weckten europäische konstitutionelle Bestrebungen. Die Ziele der Fürsten waren gegenläufig: Ruhe und Ordnung unter Eindämmung dieser Bestrebungen.

Wie sollte Europa nach Zerschlagung der napoleonischen Hegemonie aussehen? Maßgeblich war der Wunsch aller beteiligten Mächte, den früheren Zustand der Souveränität der Staaten wiederherzustellen. Im Ergebnis führte dies zu bedeutsamen Verträgen, mit denen politische und territoriale Fragen gelöst wurden. Den Vorsitz führte der österreichische Kanzler, Fürst Metternich; neben ihm war Kaiser Alexander I. von Russland von großem Einfluss. Preußen wurde von König Friedrich Wilhelm III., Frankreich von C. M. de Talleyrand, Großbritannien durch Viscount Castlereagh und später ab 1815 durch den Herzog von Wellington vertreten. Im Zentrum der Verhandlungen standen die territoriale Neuordnung unter dem Aspekt des Gleichgewichts der europäischen Mächte, ferner, wie erwähnt, die Revision der durch Napoleon geschaffenen territorialen Veränderungen und die Aufteilung der Kriegsbeute unter den Alliierten, vor allem aber die Wiederherstellung der alten monarchisch-dynastischen Herrschaftsordnung in Europa.

Durch die drei Grundsätze des Wiener Kongresses *Restauration, Legitimität* und *Solidarität* wurde die Bestandskraft der von Napoleon geschaffenen Veränderungen von den Fürsten nicht länger anerkannt. Der „Kaiser der Franzosen", aus einer einfachen korsischen Familie stammend, war für sie nichts als ein Emporkömmling (trotz seiner Hochzeit mit Marie-Louise von Österreich) und galt damit an den europäischen Fürstenhöfen als illegitim, die allesamt untereinander eng verwandt waren und jeden Eindringling in die alteuropäischen Fürstengeschlechter strikt ablehnten. Die Rückkehr zur alten Ordnung bedeutete die Rückkehr der alten Dynastien und die Wiederherstellung der Adelsprivilegien, die in den von Napoleon eroberten Gebieten aufgehoben worden waren, vor allem aber Rückgängigmachung der napoleonischen territorialen Verschiebungen, die nach langwierigen Verhandlungen in der Wiener Kongressakte vom 8. Juni 1815 festgelegt wurden.[3]

Der Wiener Kongress stellt darüber hinaus aber auch ein getreues Spiegelbild der Europa-Visionen jener Zeit dar. So kultivierte z.B. Metternich die Idee von Mitteleuropa als ein ethnisch-nationales Völker- und Staatenbündnis zwischen dem russischen Osten und dem atlantisch-außereuropäisch orientierten Westeuropa. Metternichs Grundgedanke war der der Föderation, sowohl für den Deutschen Bund als auch für den Zusammenhalt ganz Europas; bis 1866 ist ihm das gelungen.

Auch **Johann Caspar Bluntschli**, Schweizer Jurist und Politiker (1808-1881) der viele Jahre lang in Heidelberg lehrte, forderte 1878 in seinem Werk Die Organisation des europäischen Staatenvereines einen Staatenbund, denn ein europäischer Gesamtstaat sei wegen des Hoheitsverlustes der Staaten unrealistisch. Eine europäische Organisation sei daher nur in Form des Staatenbundes möglich, an den bestimmte Aufgaben, wie z.B. die Festsetzung völkerrechtlicher Normen und die völkerrechtliche Gesetzgebung, delegiert werden würden. „[Die europäischen Länder] können daher wohl für bestimmte gemeinsame Zwecke mit anderen Staaten zusammenwirken, aber sie werden sich nicht freiwillig einer Verfassungsmacht unterordnen, welche ihnen als eine fremde erscheint", (zit. nach Mittag, S.41).

Friedrich Gentz (1764-1832), ein bedeutender Staatsphilosoph und der konservativen Richtung angehörig, fordert 1800 in seinem Werk Über den ewigen Frieden, also noch zu den Napoleonischen Zeiten, dass die Französische Revolution als Störung des Friedenszustandes innerhalb der vorrevolutionären europäischen Staatenrepublik (Föderation), dargestellt werde. Das Gleichgewicht der Staaten aber sei die beste realisierbare Möglichkeit zur Friedenserhaltung. „(…) die natürliche Föderativverfassung von Europa so geschickt organisieren, dass jedem Gewicht in der großen politischen Masse irgendwo ein Gegengewicht zusagte", (zit. nach Mittag, S.40).

Zu Zeiten des Wiener Kongress schrieb der deutsche Philosoph **Karl Christian Friedrich Krause** (1781-1832) 1814 seinen Entwurf eines europäischen Staatenbundes als Basis des allgemeinen Friedens und als rechtliches Mittel gegen jeden Angriff wider die innere und äußere Freiheit. Seine Forderungen behandelten die damals laufenden Friedenschlüsse von Wien 1814. Der einzige Zweck des Staates war für ihn die Verwirklichung des Rechts; ein die ganze Erde umfassender Rechtsbund müsse das Endziel sein. Zwischenetappe sei ein europäischer Völkerverein. „(…) wie durch sie [Allianz der ersten Mächte Europas] ein vollkommenerer Rechtszustand aller Staaten Europas herbeigeführt werden könne –, dies zu zeigen und für einen durch jene Allianz möglich gewordenen Staatenbund eine gerechte, (…) freie Verfassung vorzuschlagen, ist die Absicht dieser Abhandlung (zit. nach Mittag, S.41).

[3] Russland erhielt den größten Teil des Herzogtums Warschau (Kongresspolen). Preußen trat Gebiete an Bayern und Hannover ab und erhielt dafür Schwedisch-Pommern, außerdem die nördliche Hälfte des Königreiches Sachsen, den größten Teil von Westfalen und die Rheinprovinz. Österreich bekam die meisten im Krieg verlorenen Gebiete zurück (Tirol, Vorarlberg, Galizien, Triest, Mailand, Venetien). Dafür trat es seine wallonischen und flämischen Provinzen ab, die es einst im spanischen Erbfolgekrieg erhalten hatte und die zusammen mit Holland zum Königreich der Niederlande vereint wurden. Die Schweiz gewann mit dem Wallis, Neuenburg und Genf drei Kantone hinzu und erhielt die Garantie ihrer immerwährenden Neutralität. England behielt seine Eroberungen aus den Koalitionskriegen: Ceylon, Mauritius, Helgoland, Malta und das Kapland.

Die Heilige Allianz

Der Ausdruck Heilige Allianz bezeichnet das Bündnis, das die drei Monarchen Russlands, Österreichs und Preußens nach dem endgültigen Sieg über Napoleon Bonaparte am 26. September 1815 in Paris abschlossen. Frankreich trat der Allianz 1818 bei.

Die Gründung der Heiligen Allianz[4] geschah auf Anregung Kaiser Alexanders I., der auch den Vertrag entworfen hatte. Das Bündnis kam zustande, obwohl alle drei Monarchen unterschiedlichen Konfessionen angehörten: Der russische Kaiser war orthodox, Kaiser Franz I. von Österreich römisch-katholisch und König Friedrich Wilhelm III. von Preußen evangelisch. In der Gründungserklärung der Heiligen Allianz vom 26. September 1815 hieß es u.a.:

dass „infolge der großen Ereignisse, die Europa in den letzten drei Jahren erfüllt haben, und besonders der Wohltaten, die die göttliche Vorsehung über die Staaten ausgegossen hat, deren Regierungen ihr Vertrauen und ihre Hoffnungen auf sie allein gesetzt haben, die (Vertragspartner) die innere Überzeugung gewonnen haben, dass es notwendig ist, ihre gegenseitigen Beziehungen auf die erhabenen Wahrheiten zu begründen, die die unvergängliche Religion des göttlichen Erlösers[5] lehrt. Sie erklären daher feierlich, dass die gegenwärtige Vereinbarung lediglich den Zweck hat, vor aller Welt ihren unerschütterlichen Entschluss zu bekunden, als die Richtschnur ihres Verhaltens in der inneren Verwaltung ihrer Staaten sowohl als durch in den politischen Beziehungen zu jeder anderen Regierung alleine die Gebote der Gerechtigkeit, der Liebe und des Friedens, die, weit entfernt, nur auf das Privatleben anwendbar zu sein, erst recht die Entschließung der Fürsten direkt beeinflussen und alle ihre Schritte lenken sollen, damit sie so den menschlichen Einrichtungen Dauer verleihen und ihren Unvollkommenheiten abhelfen."

Wegen der Aufstände in Italien und Portugal entstanden jedoch ab 1820 tiefe Differenzen in der Allianz. Es ging um die Frage, unter welchen Umständen eine Intervention im Falle innenpolitischer Unruhen zulässig sein sollte. Das Interventionsrecht wurde in der Tat im Falle des ungarischen Aufstands von April 1848 (Kossuth; Bauernbefreiung etc.) praktiziert. Im März 1849 hatte der ungarische Reichstag die habsburgischen Herrscher abgesetzt. Mit der von ihnen angerufenen Hilfe Russlands und dem Einmarsch eines 200.000 Mann starken russischen Heeres gelang es den Habsburgern, den Aufstand niederzuwerfen. Blutige Strafgerichte gegen die Aufständischen folgten.

Ziel des Bündnisses war die Aufrechterhaltung der monarchischen Herrschaftssysteme und des auf dem Wiener Kongress geschaffenen politischen und staatlichen Systems in Europa. Als Vollzugsorgan dienten die regelmäßigen Zusammenkünfte der Vertragsmächte, die durch eine Zusatzvereinbarung vom 20. November 1815 beschlossen wurden. In der Präambel hieß es etwas kryptisch, dass sich die Herrscher „auf Grund der Fülle der göttlichen Wohltaten entschlossen hätten, den Kurs, der sich als falsch erwiesen hatte zu verlassen und den Kurs ihrer Beziehungen von Grund auf zu ändern." Der Aufforderung, der Allianz beizutreten, folgten alle Staaten des Kontinents bis auf den Kirchenstaat (der das überkonfessionelle Engagement ablehnte), das Osmanische Reich (diesem blieb wegen der christlichen Ausrichtung der Allianz der Beitritt verwehrt) und Großbritannien: Zwar erklärte der Prinzregent, Georg IV., persönlich seine Zustimmung und trat in seiner Eigenschaft als König von Hannover auch bei. Großbritannien selbst aber lehnte eine Beteiligung ab, weil die Allianz nur ein Bekenntnis zu abstrakten Grundsätzen, aber keine realen Verpflichtungen enthalte.

Fortan wollten die vertragschließenden Mächte eine „gesamteuropäische Ordnung" etablieren, die sich auf die Prinzipien des Christentums gründete. Zar Alexander I. ging dabei weit über die ursprüngliche Zielsetzung hinaus, setzte den Volkswillen über den Willen der Monarchen und proklamierte „die Vereinigung der Völker unter dem Gebot der Bruderliebe". Weiterhin formulierte er den Gedanken einer einzigen christlichen Nation, in der die „Regierungen nur Glieder und die Monarchen ihre Delegierten […] unter Jesus als Souveräne" seien. Dieser vage formulierte Gegenentwurf zu den Ideen des Absolutismus kann zweifellos als epochemachender internationaler Organisationsversuch angesehen werden, falls er mehr gewesen sein sollte als ein Lippenbekenntnis des Herrschers. Die Interessenpolitik als bestimmende Form europäischer Machtverhältnisse sollte mit einem Schlag durch eine gesamteuropäische, christliche Politik ersetzt werden. Auch die konfessionelle Offenheit der Allianz sowie die Einbeziehung der öffentlichen Meinung in Entscheidungen der Fürsten verdienen Beachtung. Am gleichen Tag, an dem die Zusatzvereinbarung vom 20. November 1815 beschlossen wurde, wurde auch die sogenannte Quadruple-Allianz beschlossen, in der nun auch Großbritannien Mitglied der Allianz wurde.

Bündnisinhalt und Organisation

Inhalt des Bündnisses war, wie ausgeführt, die Sicherung der nachnapoleonischen territorialen Ordnung, da die europäischen Fürsten die Neubelebung der Revolution in Frankreich und ihre Auswirkungen fürchteten. Die Allianz betonte daher deutlich das Gottesgnadentum der Herrscher und bezeichnete die christliche Religion (auf Initiative des Zaren[6]) als Fundament der herrschenden politischen Ordnung. Die Bündnispartner verpflichteten sich zu gegenseitigem Beistand und zum Schutz dieser Ordnung gegen alle bürgerlichen und nationalstaatlich – konstitutionell inspirierten Umwälzungen.

Die Reaktionen der übrigen Großmächte auf die Entwürfe des Zaren waren durchgängig von Ablehnung gekennzeichnet. Angesichts der desaströsen Folgen der Französischen Revolu-

[4] Näher: Kissinger, S.363f. Schmale, S.97f; siehe auch Schäder, H.: Autokratie und Heilige Allianz, Darmstadt 1963.

[5] Die Religiosität des russischen Monarchen war besonders ausgeprägt. Die religiösen Formeln gehen auf ihn zurück.

[6] Zar Alexander wurde von den Prinzipien des Pietismus getragen: Er wurde Mitglied des Bundes der Pietisten, durch die auch einige mystische Denkschriften des Münchner Philosophen Franz von Baader in die Hände des Zaren gelangten. In diesen sprach Baader von einem theokratischen Staatsaufbau, der Befreiungskraft des Christentums und der damit verbundenen nötigen Ausdehnung desselben vom privaten auf den gesellschaftlichen Bereich. Seiner Ansicht nach war die Gottes- und Nächstenliebe, ausdrücklich auch zwischen den Regierungen, die „Grundlage wahrer Freiheit und Gleichheit, um so den Kampfeswillen der Völker zu ersticken". Nun endlich sah der Zar die Zeit gekommen, seine Vision einer gesamteuropäischen Allianz, über die er bereits seit Jahren sinnierte, in die Tat umzusetzen. In begeistertem Überschwang ersann Alexander den Wortlaut der „Heiligen Allianz".

tion waren die europäischen Hegemonialmächte nicht gewillt, erneut liberale Bestrebungen, wie sie der Zar vorgeschlagen hatte, zu dulden oder gar zu befördern. Zudem wirkte auch die Vorstellung des „Souveräns Jesus“ befremdlich. So kam es, dass Metternich im Auftrag Kaiser Franz I. die Entwürfe zur „Heiligen Allianz“ in Gänze umformulierte und so ein restauratives Instrument der Hegemonialmächte im Geiste des monarchischen Prinzips zur Unterdrückung liberaler und nationaler Tendenzen schuf: Gottesgnadentum, die christliche Religion als Fundament der politischen Ordnung und – als realpolitisch überragender Punkt – gegenseitiger Beistand gegen Umwälzungen und Revolutionen. Dass Alexander trotzdem unterschrieb, zeigt einerseits seine Unbeholfenheit in der Sprache der internationalen Politik und andererseits, welche Bedeutung er „seiner“ Allianz trotz aller Änderungen noch zuschrieb. Bis zum Ende des Jahrhunderts gelang es immerhin, die Kriege zwischen den Mächten zu lokalisieren und die Grundstrukturen des internationalen Systems zu erhalten.

Die „Heilige Allianz“ beließ es jedoch nicht bei schönen Worten; dazu waren die europäischen Monarchen viel zu sehr Realpolitiker. Sie wurde in den Jahren nach dem Wiener Kongress zum Instrument der monarchisch europäischen Staaten gegen die bürgerlich-nationalen Einheitsbestrebungen seit den 1820er Jahren in Deutschland, Italien, Portugal und Griechenland. Konkret fand dies in mehreren Interventionen seinen Ausdruck. Auf dem Kongress von Aachen (15. November 1818) findet sich ein Höhepunkt dieser Solidaritätspolitik in einer entsprechenden Deklaration, nach der die „Ruhe der Welt“ als friedensstiftendes Ziel der Großmächte bezeichnet wurde. Auf diesem Kongress wurden auch Maßnahmen gegen die bürgerlich-nationale Opposition im Deutschen Bund beschlossen, die durch entsprechende Maßnahmen des Deutschen Bundes umgesetzt wurden (so z.B. in den später zu erörternden Karlsbader Beschlüssen von 1819), die oppositionelle Studenten und Dozenten mit Relegation bzw. Entlassung bedrohten. Auf den Kongressen in Troppau und Laibach wurden militärische Interventionen gegen die bürgerlichen Umwälzungen in Italien und die indirekte Unterstützung der Türkei gegen den nationalen Befreiungskampf der Griechen beschlossen. Der letzte Kongress der Heiligen Allianz, der Veroneser Kongress 1822, beauftragte Frankreich mit der Niederschlagung der bürgerlichen Revolution in Spanien. Bedingt durch die Verfahrenheit der europäischen Mächtekonstellation, verlor die Allianz allerdings ab den 1830er Jahren zunehmend an Einfluss. Jedoch war die Intervention Habsburgs gegen den Aufstand in Ungarn mit russischer Hilfe 1849 so wirksam, dass der Aufstand, wie erwähnt, völlig zusammenbrach.

Was den ursprünglich religiös motivierten Charakter der Allianz betrifft, wandte sich Alexander später von seinen Überzeugungen ab und dem harten realpolitischen Geschäft zu. Dennoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Alexander in seinen Vorstellungen von einem vereinigten Europa – trotz aller mystischen Schwärmereien – dem Denken seiner Zeit weit voraus war: Wenn er nicht nur bloße „good-will“ Bekundungen hätte abgeben wollen, waren der Vorrang des Volkswillens, christliche Werte und Normen als Basis, Solidarität und Gleichheit aller Menschen und nicht zuletzt die Einigung Europas ungeachtet politischer Grenzen starke Signale auch für das Selbstverständnis und die Entwicklung unseres modernen Europa.[7]

Mit der Julirevolution von 1830 in Frankreich verlor die Heilige Allianz, wie erwähnt, viel von ihrem gesamteuropäischen Charakter und Einfluss. Im Herbst 1833 reaktivierten Russland, Österreich und Preußen in der Konferenz von Münchengrätz die Heilige Allianz und bildeten von nun an jenen Mächteblock, der oft als „reaktionär“ bezeichnet wird – nicht ganz zutreffend deshalb, weil die Interessen dieser Staaten nur partiell gleich waren und sie keinesfalls als einheitliches „Lager“ auftraten.

Nach der Niederwerfung der Revolutionen von 1848/49 in Deutschland erlebte die Allianz in den 1850er Jahren eine Neuauflage, brach jedoch im Krimkrieg 1853 endgültig auseinander. Österreich, das erst 1849 beim Aufstand der Ungarn mithilfe Russlands vor dem möglich scheinenden Zerfall gerettet worden war, hatte Russland am 3. Juni 1854 aufgefordert, sich aus den Donaufürstentümern zurückzuziehen und diese nach dem russischen Abzug selbst besetzt. Das verschlechterte die Beziehungen zwischen Österreich und Russland erheblich. Österreichs Beziehungen zu Preußen im Rahmen des Deutschen Bundes wurden ebenfalls konfliktreicher. Daneben lief es Gefahr, von Großbritannien und Frankreich unter Napoléon III. isoliert zu werden. Langfristig veränderte sich somit die seit dem Wiener Kongress relativ stabil scheinende europäische Mächtekonstellation nachhaltig zu Ungunsten Österreichs.

Im Grunde war die Heilige Allianz ein Fürstenbündnis alten Stils nach den Regeln der „christlichen Republik“, das Maßnahmen gegen die Vorherrschaft eines einzelnen ihrer Glieder über die anderen traf. Insofern ist das Bündnis nicht nur eine Vereinigung der reaktionären Kräfte Europas, sondern auch eine Anknüpfung an die ältere Idee der „Republique chretienne“. Die Basis des Bündnisses war die Souveränität der Landesväter über ihre Untertanen. Neu daran war aber der Umfang des Bündnisses, denn es traten, wie erwähnt, alle europäischen Staaten der Heiligen Allianz bei, bis auf Großbritannien (das allerdings drei Jahre später [1815] beitrat) und den Vatikan. Aus historischer Sicht war das Bündnis die erste gesamteuropäische Vereinigung dieser Art. Der Europagedanke war also nicht wie in der Nachkriegszeit von 1918 mit der Regierungsform der parlamentarischen Demokratie verknüpft, sondern konnte – bei gleichgelagerten Interessen – durchaus auch in Staaten mit autoritärer Regierungsform zur Entfaltung kommen. Die *Heilige Allianz* war jedoch keine übernationale Institution und hatte keine dementsprechende Organisation. Eher könnte man sie als politische Übereinkunft bezeichnen, die gemeinsame Absichten festlegte und Grundlagen und Bedingungen für ein gemeinsames Handeln festschrieb. Konkrete Formen waren gesamteuropäische Botschafter- und Außenministertreffen sowie Begegnungen der Monarchen der vier Siegermächte und Frankreichs,[8] eine Art Vorläufer der heutigen Gipfelkonferenzen.

[7] Menger, S.209ff.
[8] Vgl. Tschubarjan, S.54.

Zum ersten Mal wurde so etwas wie ein gesamteuropäisches Bündnis gebildet. Doch auf den wiederhergestellten alten Fundamenten der früheren Ordnung wurde vieles übernommen, was die Revolution und Napoleon geschaffen hatten. Obgleich die Akte noch ausdrücklich von „Untertanen" sprach und nichts von Volkssouveränität wusste, war die Emanzipation des Bürgers nicht mehr rückgängig zu machen. Aus der absolutistischen wurde allmählich die konstitutionelle Monarchie, und schon die bloße Existenz dieser Heiligen Allianz war im Grunde alles andere als Restauration. Denn wenn sie auch die Rückkehr zum Gedanken des Fürstenbundes bedeutete, so wäre ein solcher Fürstenbund vor Napoleon nicht denkbar gewesen.[9]

Der Deutsche Bund

Wenige Wochen vor Gründung der *Heiligen Allianz* wurde der *Deutsche Bund* gegründet. Er bestand aus einem Zusammenschluss gleichberechtigter souveräner Staaten, gerichtet auf die Stabilität nach außen und auf die Abwehr revolutionärer Bestrebungen im Inneren. Er stellte eine Art Ersatz für das 1803 durch den Reichsdeputationshauptschluss aufgelöste Heilige Römische Reich Deutscher Nation dar.

In der Bundesakte vom 8. Juni 1815 (die Teil der Wiener Kongressakte war) wurde die auf dem Wiener Kongress geschaffene Verfassung des Deutschen Bundes festgelegt; sie bestimmte die politische Form Deutschlands bis 1866. In der Wiener Schlussakte hieß es dazu:

Schlußacte über die Ausbildung und Befestigung des deutschen Bundes zu Wien

Art. I. Der deutsche Bund ist ein völkerrechtlicher Verein der deutschen souverainen Fürsten und freien Städte, zur Bewahrung der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit ihrer im Bunde begriffenen Staaten, und zur Erhaltung der innern und äußern Sicherheit Deutschlands.

Art. XI. In der Regel faßt die Bundesversammlung die zur Besorgung der gemeinsamen Angelegenheiten des Bundes erforderlichen Beschlüsse im engern Rathe, nach absoluter Stimmenmehrheit.

Art. XVIII. Da Eintracht und Friede unter den Bundesgliedern ungestört aufrecht erhalten werden soll, so hat die Bundesversammlung, wenn die innere Ruhe und Sicherheit des Bundes auf irgend eine Weise bedroht oder gestört ist, über Erhaltung oder Wiederherstellung derselben Rath zu pflegen, und die dazu geeigneten Beschlüsse nach Anleitung der in den folgenden Artikeln enthaltenen Bestimmungen zu fassen.

Art. XXV. Die Aufrechthaltung der innern Ruhe und Ordnung in den Bundesstaaten steht den Regierungen allein zu. Als Ausnahme kann jedoch, in Rücksicht auf die innere Sicherheit des gesammten Bundes, und in Folge der Verpflichtung der Bundesglieder zu gegenseitiger Hülfsleistung, die Mitwirkung der Gesammtheit zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Ruhe, im Falle einer Widersetzlichkeit der Unterthanen gegen die Regierung, eines offenen Aufruhrs, oder gefährlicher Bewegungen in mehreren Bundesstaaten, stattfinden.

Art. XXXV. Der Bund hat als Gesammtmacht das Recht, Krieg, Frieden, Bündnisse, und andere Verträge zu beschließen.

Nachdem die Wiener Schlussakte den Bund als einen „völkerrechtlichen Verein der deutschen souveränen Fürsten und freien Städte, die unter sich unabhängig blieben, nach außen aber als politische Einheit auftraten"[10] definierte, formulierte die Deutsche Bundesakte die Einzelheiten:

Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815

Im Namen der allerheiligsten und untheilbaren Dreieinigkeit

Die souverainen Fürsten und freien Städte Deutschlands, den gemeinsamen Wunsch hegend, den 6. Artikel des Pariser Friedens vom 30. Mai 1814 in Erfüllung zu setzen, und von den Vortheilen überzeugt, welche aus ihrer festen und dauerhaften Verbindung für die Sicherheit und Unabhängigkeit Deutschlands, und die Ruhe und das Gleichgewicht Europas hervorgehen würden, sind übereingekommen, sich zu einem beständigen Bunde zu vereinigen, und haben zu diesem Behuf ihre Gesandten und Abgeordneten am Congresse in Wien mit Vollmachten versehen, nämlich:

[es folgen die Namen der Bevollmächtigten]

1. Allgemeine Bestimmungen

Art. I. (Art. 53 der Wiener Kongreß-Acte). Deutscher Bund. Die souverainen Fürsten und freien Städte Deutschlands mit Einschluß Ihrer Majestäten des Kaisers von Österreich und der Könige von Preußen, von Dänemark und der Niederlande, und zwar der Kaiser von Österreich, der König von Preußen, beide für ihre gesammten vormals zum deutschen Reich gehörigen Besitzungen, der König von Dänemark für Holstein, der König der Niederlande für das Großherzogthum Luxemburg, vereinigen sich zu einem beständigen Bunde, welcher der deutsche Bund heißen soll.

Art. II. (Art. 54 der Wiener Kongreß-Acte). Zweck des deutschen Bundes. Der Zweck desselben ist Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands und der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten.

Art. III. (Art. 55 der Wiener Kongreß-Acte). Gleichheit der Bundesglieder. Alle Bundesglieder haben als solche gleiche Rechte; sie verpflichten sich alle gleichmäßig die Bundesacte unverbrüchlich zu halten.

Der Deutsche Bund war der größte Staatenbund, der je in Europa geschaffen wurde. Mit der Aufnahme in die Wiener Kongressakte wurde der Bund unter den Schutz der Siegermächte gestellt. Dieser Staatenbund war allerdings auf Mitteleuropa beschränkt. Er umfasste die deutschen Staaten sowie Österreich unter Einschluss seiner nichtdeutschen Gebiete (Oberitalien, Südosteuropa, Ungarn, Böhmen und Mähren etc). Österreich

[9] Foerster 1963, S.169.
[10] Foerster 1967, S.260.

war die dominierende Macht und hatte auch den Vorsitz in der Frankfurter Bundesversammlung inne.

Die Fokussierung der Großmächte auf ein Europa als Mitteleuropa[11] wurde schon auf dem Wiener Kongress, der ebenfalls von Österreich (unter dem beherrschenden Einfluss von Kanzler Metternich) gesteuert wurde, verfolgt. Dies entsprach der damaligen politischen Landkarte. Ein starker Block Mitteleuropa sollte zur Abwehr etwaiger Expansionspläne Frankreichs und Russlands dienen.

Nach der Bundesakte waren die Mitgliedstaaten souverän nur gegenüber den Untertanen, nicht gegenüber dem Bund, aus dem sie nicht austreten durften und dessen Mehrheitsbeschlüsse für sie bindend waren. Sie waren verpflichtet, Maßnahmen auf ihrem eigenen Gebiet bei Störung der öffentlichen Ordnung zu ergreifen – hierin kann man durchaus einen Vorläufer der EU-Verträge sehen, in denen sich die Mitgliedstaaten ebenfalls zur Befolgung der Leitlinien der (Unions-) Organe verpflichten. Die Mitgliedstaaten waren an die Entscheidungen der Zentralinstanz, des Deutschen Bundestags in Frankfurt, gebunden.

Die Organisation des Deutschen Bundes im Einzelnen

Mit der Unterzeichnung der Bundesakte trat die auf dem Wiener Kongress verhandelte Neuordnung Deutschlands in Kraft. Der Deutsche Bund konstituierte sich darin als lockere Vereinigung der siebenunddreißig souveränen Fürsten und vier Freien Reichsstädte Deutschlands zu einer Konföderation souverän bleibender Einzelstaaten mit dem Ziel der „Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit", sowie der „Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten".[12] Die Bundesakte basierte auf den territorialen Veränderungen, die auf dem Wiener Kongress beschlossen worden waren.[13] Sie waren letztlich die Rückgängigmachung der napoleonischen Eroberungen. Den Vorsitz in diesem Staatenbund übernahm Österreich. Da der Deutsche Bund nur einen Staatenbund darstellte, hatte er keine zentrale Exekutive. Das einzige Bundesorgan war die Bundesversammlung der bevollmächtigten Gesandten der Mitgliedsstaaten als Zentralgewalt, die später Bundestag genannt wurde; sie tagte als ständiger Kongress in Frankfurt am Main. Auch bestanden keine einheitlichen Regelungen bezüglich Rechtswesen, Wirtschaftswesen, Finanz- oder Verkehrswesen. Allerdings gab es vieles von dem, was die Befürworter einer europäischen Ordnung vorgeschlagen hatten: Die Bundesmitglieder garantierten sich gegenseitig ihren Besitzstand und verpflichteten sich, sowohl ganz Deutschland als auch jeden einzelnen Bundesstaat gegen Angriffe in Schutz zu nehmen, und, falls der Bundeskrieg erklärt werden würde, mit dem Gegner keinen Separatfrieden zu schließen. Hauptpunkte waren also die Abwehr revolutionärer (d.h. freiheitlicher) Bestrebungen in den einzelnen Ländern und die militärische Sicherung nach außen. Das Interventionsrecht wurde während der Revolution 1848 von den teilweise geflüchteten Landesherren angerufen. So bat der Großherzog Leopold von Baden, der 1848 nach Frankfurt geflüchtet war, die preußische Regierung um Truppen zur Niederschlagung der Revolution. Diese und Bundestruppen besiegten dann die Revolutionäre im Mai 1849 und verfolgten sie bis an die Schweizer Grenze. In Friedenszeiten war es den Mitgliedern erlaubt, mit fremden Mächten Bündnisse aller Art einzugehen, sofern sie nicht gegen die Sicherheit des Bundes oder einzelner Mitglieder gerichtet waren. Ferner verpflichteten sich die Bundesmitglieder, ihre Streitigkeiten unter keinen Umständen durch Krieg zu lösen, sondern sie der Bundesversammlung vorzulegen.[14] Artikel 13 enthielt das Versprechen der Einrichtung landständischer Verfassungen in den Mitgliedstaaten, das allerdings nicht eingelöst wurde. Darüber hinaus gewährleistete die Bundesakte Freiheit der christlichen Bekenntnisse, sowie einige bürgerliche Rechte wie die Freizügigkeit, die Freiheit, in die Dienste eines anderen Mitgliedstaats zu treten, soweit dieser zustimmte; Regelungen „über die Preßfreiheit" und den Schutz von Urheberrechten von Autoren und den Schutz von Verlagen wurden angekündigt. Die folgenden Bestimmungen zeigen die Details:

Besondere Bestimmungen der Deutschen Bundesakte

Art. XIII. In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung statt finden.

Art. XVI. Die Verschiedenheit der christlichen Religionspartheien kann in den Ländern und Gebieten des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen.

Art. XVIII. Die verbündeten Fürsten und freien Städte kommen überein, den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten folgende Rechte zuzusichern:

b) Die Befugniß

1. des freien Wegziehens aus einem deutschen Bundesstaat in den andern, der erweislich sie zu Unterthanen annehmen will, auch

2. in Civil- und Militärdienste desselben zu treten, beides jedoch nur insofern keine Verbindlichkeit zu Militärdiensten gegen das bisherige Vaterland im Wege stehe; und damit wegen der dermalen verwaltenden Verschiedenheit der gesetzlichen Vorschriften über Militärpflichtigkeit hierunter nicht ein ungleichartiges für einzelne Bundesstaaten nachtheiliges Verhältniß entstehen möge, so a) Grundeigenthum außerhalb des Staates, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deßhalb in dem fremden Staate mehreren Abgaben und Lasten wird bei der Bundesversammlung die Einführung möglichst gleichförmiger Grundsätze über diesen Gegenstand in Berathung genommen werden.

---

[11] Diese Idee spielt auch in der Forschung österreichischer Autoren (Geier, Gehlen) bis ins 20. Jahrhundert hinein eine große Rolle – spiegelt sich in ihnen die Idee des Alten Reiches vor 1803 wider? Von Interesse ist auch Stern, Jacques, Von Leibnitz bis Naumann. S.13ff., 30ff.

[12] Er trat an die Stelle des 1806 aufgelösten Heiligen Römischen Reiches, daher blieben diejenigen Teile Österreichs und Preußens, die nicht zum Reichsgebiet gehört hatten, ausgeschlossen, während die Könige Großbritanniens (für Hannover), Dänemarks (für Holstein und Lauenburg) und der Niederlande (für Luxemburg und Limburg) als deutsche Reichsfürsten Mitglieder waren.

[13] Der Rheinbund wurde aufgelöst, ebenso das Königreich Westfalen. Die napoleonischen Vergrößerungen Badens, Bayerns und Württembergs blieben jedoch bestehen. Auch die inneren Rechtsreformen (in Anlehnung an den Code Civil) blieben unangetastet.

[14] Vgl. Foerster 1967, S.260.

c) Die Freiheit von aller Nachsteuer (jus detractus, gabella emigrationis), insofern das Vermögen in einen andern deutschen Bundesstaat übergeht und mit diesem nicht besondere Verhältnisse durch Freizügigkeits-Verträge bestehen.

d) Die Bundesversammlung wird sich bei ihrer ersten Zusammenkunft mit Abfassung gleichförmiger Verfügungen über die Preßfreiheit und die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck beschäftigen.

Zur politischen Dimension des Deutschen Bundes ist zu sagen, dass er für Ruhe und Gleichgewicht in den Verhältnissen der einzelnen Bundesmitglieder untereinander sowie im Inneren der Bundesstaaten sorgen sollte. Das erstgenannte Ziel wurde jedoch nicht erreicht, da von Beginn an die Politik des Bundes von der Rivalität der beiden größten deutschen Staaten Preußen und Österreich beherrscht wurde. Österreich war die dominierende Macht und hatte auch den Vorsitz in der Frankfurter Bundesversammlung inne. Der sich verschärfende Dualismus mündete aufgrund des österreichisch-preußischen Konflikts über die Reform des Deutschen Bundes 1866 in den Krieg Preußens gegen Österreich, an dem der Bund schließlich zerbrach. Seine Nachfolge trat im selben Jahr der „kleindeutsche" Norddeutsche Bund an.

Allerdings „funktionierte" der Deutsche Bund „im Inneren" insofern, als die Restriktionen des Deutschen Bundes gegen die revolutionären Bestrebungen im Vormärz 1848 höchst wirksam eingesetzt wurden (Karlsbader Beschlüsse 1819).[15] Das galt auch für die Pressezensur[16] und die Untersuchungen „revolutionärer Umtriebe".[17]

Es ist nun eine Ironie der Geschichte, dass die Strömungen revolutionärer oder konstitutioneller Art, gegen die sich der Deutsche Bund richtete, ebenfalls wie dieser (mittel-)europäische Komponenten aufwiesen. Die vorkonstitutionellen Bewegungen seit den 1830ern und die Revolutionen 1848 in Wien und anderen deutschen Städten akzeptierten Österreich als selbstverständlichen Teil eines künftigen vereinigten Deutschlands, jedoch nur hinsichtlich der Kronländer. Die Stimmung in der Frankfurter Paulskirche sowie im konstitutionierenden Reichstag in Wien (Mai 1848) war „alldeutsch", die Befürworter einer Einbeziehung Österreichs in das neue Reich waren in der Überzahl. Die Farben der deutschen Burschenschaften Schwarz-rot-gold aus den Befreiungskriegen 1815 wurden zum Symbol[18] der neuen nationalen Identität, ihr Erscheinen in der Öffentlichkeit weckte immer wieder neue Begeisterung, wie das unten abgedruckte Gedicht zeigt.[19] Allerdings sollten die nichtdeutschen Gebiete Österreichs (d.h. die polnischen, ungarischen und italienischen Gebiete) nicht Teil des neuen Reiches werden, sondern nur ein Österreich mit seinen deutschsprachigen Gebieten (Österreich, Böhmen und Mähren, Kraina, Triest, Tirol bis südlich Trient).[20] Im Verfassungsentwurf von Frank-

[15] **Provisorischer Bundesbeschluß** über die in Ansehung der Universitäten zu ergreifenden Maßregeln vom 20. September 1819 (Protokolle der Bundesversammlung 1819, 35. Sitzung, § 220), abgedruckt in Majer, Hunziker, S.267.
§. 1. Es soll bei jeder Universität ein mit zweckmäßigen Instructionen und ausgedehnten Befugnissen versehener, am Orte der Universität residierender, außerordentlicher landesherrlicher Bevollmächtigter, entweder in der Person des bisherigen Curators oder eines andern, von der Regierung dazu tüchtig befundenen Mannes angestellt werden.
§. 2. Die Bundesregierungen verpflichten sich gegeneinander, Universitäts- und andere öffentliche Lehrer, die durch erweisliche Abweichung von ihrer Pflicht, oder Ueberschreitung der Grenzen ihres Berufes, durch Mißbrauch ihres rechtmäßigen Einflusses auf die Gemüther der Jugend, durch Verbreitung verderblicher, der öffentlichen Ordnung und Ruhe feindseliger oder die Grundlagen der bestehenden Staatseinrichtungen untergrabender Lehren, ihre Unfähigkeit zu Verwaltung des ihnen anvertrauten wichtigen Amtes unverkennbar an den Tag gelegt haben, von den Universitäten und sonstigen Lehranstalten zu entfernen, ohne daß ihnen hierbei, so lange der gegenwärtige Beschluß in Wirksamkeit bleibt, und bis über diesen Punct definitive Anordnungen ausgesprochen seyn werden, irgend ein Hinderniß im Wege stehen könne.
Ein auf solche Weise ausgeschlossener Lehrer darf in keinem andern Bundesstaate bei irgend einem öffentlichen Lehr-Institute wieder angestellt werden.
§. 4. Kein Studierender, der durch einen von dem Regierungs-Bevollmächtigten bestätigten oder auf dessen Antrag erfolgten Beschluß eines akademischen Senats von einer Universität verwiesen worden ist, oder der, um einem solchen Beschlusse zu entgehen, sich von der Universität entfernt hat, soll auf einer andern Universität zugelassen, auch überhaupt kein Studierender ohne ein befriedigendes Zeugniß seines Wohlverhaltens auf der von ihm verlassenen Universität von irgend einer andern Universität aufgenommen werden.

[16] **Bundes-Preßgesetz:** („Provisorische Bestimmungen hinsichtlich der Freiheit der Presse") vom 20. September 1819 (Protokolle der Bundesversammlung 1819, 35. Sitzung, § 220)
§. 1. So lange als der gegenwärtige Beschluß in Kraft bleiben wird, dürfen Schriften, die in der Form täglicher Blätter oder heftweise erscheinen, deßgleichen solche, die nicht über 20 Bogen im Druck stark sind, in keinem deutschen Bundesstaate ohne Vorwissen und vorgängige Genehmhaltung der Landesbehörden zum Druck befördert werden.

[17] **Bundes-Untersuchungsgesetz:** („Beschluß betreffend die Bestellung einer Centralbehörde zur nähern Untersuchung der in mehreren Bundesstaaten entdeckten revolutionären Umtriebe") vom 20. September 1819 (Protokolle der Bundesversammlung 1819, 35. Sitzung, 5220)
Art. 1. Innerhalb vierzehn Tagen, von der Fassung gegenwärtigen Beschlusses an zu rechnen, versammelt sich in der Stadt und Bundesfestung Mainz eine aus sieben Mitgliedern, mit Einschluß eines Vorsitzenden, zusammengesetzte, außerordentliche, von dem Bunde ausgehende Central-Untersuchungs-Commission.
Art. 2. Der Zweck dieser Commission ist gemeinschaftliche, möglichst gründliche und umfassende Untersuchung und Feststellung des Thatbestandes, des Ursprungs und der mannigfachen Verzweigungen der gegen die bestehende Verfassung und innere Ruhe, sowohl des ganzen Bundes, als einzelner Bundesstaaten, gerichteten revolutionären Umtriebe und demagogischen Verbindungen, von welchen nähere oder entferntere Indicien bereits vorliegen, oder sich in dem Laufe der Untersuchung ergeben möchten.

[18] Zum Ganzen ausführlich: Pilz, S.112. (Der Autor schreibt aus der Sicht der studentischen Burschenschaftler). Diese Rarität befindet sich in Besitz von Dr. W. Höhne.

[19] Vgl. Das bei Pilz abgedruckte Gedicht der 1848er Revolution, 1. Strophe:
„So hebt die schwarz-rot-gold'en Fahnen – und lasst sie durch die Lande weh'n; – so gebt den Fahnen eurer Ahnen – ein glorreich neues Aufersteh'n; (…)" (S.108).

[20] Für Preußen galt Entsprechendes: Ost- und Westpreußen sowie Posen gehörten nicht zum Deutschen Bund.

furt hieß es dazu: „Kein Teil des Deutschen Reiches darf mit nichtdeutschen Ländern zu einem Staat vereinigt sein“.[21]

Die Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 baute dann für Österreich goldene Brücken und schlug in § 1 und 2 einen Kompromiss vor: Danach sollte bei Personalunion zwischen Staatsoberhaupt eines deutschen und nichtdeutschen Landes das deutsche Land (gemeint war Deutsch-Österreich) eine eigene Verfassung und Regierung haben. Nach § 3 musste das Staatsoberhaupt eines deutschen Landes im deutschen Land residieren, oder einen Regenten, der nur Deutscher sein durfte, berufen (d.h. der Kaiser von Österreich, der in Personalunion König von Ungarn war, sollte in Wien residieren). Mit diesen Klauseln sollte Österreich in das künftige Deutsche Reich eingebunden werden.

An dieser Klausel entzündete sich der Konflikt zwischen der großdeutschen und kleindeutschen Partei (Deutschland ohne Österreich), der letztlich zum Siege der kleindeutschen Lösung führte. Der Ministerpräsident der Habsburgischen Monarchie, Fürst Felix von Schwarzenberg, wollte Österreich als Ganzes in das Deutsche Reich führen, d.h. als dominierende Bundesmacht einbringen (Kremsier Erklärung). Dies war für die Paulskirche völlig unannehmbar.[22] Die Mehrheit der Deutsch-Österreicher, und wohl auch der neue konstituierende Reichstag in Wien, wäre wohl, wie es die Paulskirche verlangte, zu einem Verzicht auf diese nichtdeutschen Gebiete um den Preis eines gesamtdeutschen Zusammenschlusses bereit gewesen, zumal in diesen Gebieten mehr und mehr nationalstaatliche Aufstände alle Kräfte der Habsburger-Monarchie beanspruchten. Der Vorschlag Schwarzenbergs wäre keine bundesstaatliche, sondern eine staatenbündische Lösung gewesen, der Nationalstaatsgedanke, Einheit und Freiheit zu verbinden, hätte preisgegeben werden müssen. Doch die Monarchie hielt stur an ihren nichtdeutschen Besitzungen fest, wie in den Worten von Kaiser Franz-Joseph I., der nach der Revolution in Wien den Thron bestiegen hatte, zum Ausdruck kommt: Österreich will alle Länder „zu einem großen Staatskörper vereinigen“ (Dezember 1848). Am 7. März 1849 wurde der nach allgemeinem Wahlrecht gewählte konstituierende Reichstag vom Mai 1848 aufgelöst und eine Verfassung oktroyiert (die viele Errungenschaften der Revolution zunichte machte), 1851 jedoch wieder aufgehoben. Es dauerte noch über zehn Jahre, bis in Österreich eine Reformgesetzgebung eingeführt wurde, um die Forderungen der konstitutionellen Bewegung in den Kronländern zu befriedigen (Staatsgrundgesetz 1867).[23] Im gleichen Jahr wurden auch Gesetze zum Schutz des Versammlungs- und des Vereinsrechts erlassen.[24] Schon am 4. März 1849 hatte der Kaiser durch Oktroi ein Grundrechtspatent eingeführt, das verschiedene Grundrechtsgewährleistungen versprochen hatte.[25] Allen Bestimmungen fehlte jedoch der Rechtsschutz durch Gerichte und entsprechende Beschwerderechte der Bürger, wie dies die Paulskirchenverfassung vorgesehen hatte. Die Bürger waren auf den guten Willen der Behörden angewiesen, im negativen Falle gab es kein Rechtsmittel. Dies galt auch für verschiedene Freiheitsgewährleistungen, die bereits 1862 eingeführt wurden.[26]

Exkurs: Weitere europäische Ideen im 19. Jahrhundert

Gewissermaßen im Gegensatz zu den Bestrebungen der europäischen Mächte zur Sicherheit und Ordnung in Europa verliefen die Ideen der Freiheitskämpfer der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, zu deren Unterdrückung ja der Deutsche Bund und die Heilige Allianz ins Leben gerufen worden waren. In diesen Freiheitskämpfen[27] wurden als Folge der Revolutionen zahlreiche europäische Projekte diskutiert, jedoch immer im Zusammenhang mit nationalen Freiheitsbestrebungen. Begeisterung und Beglückung der Menschheit waren ihre Merkmale. Diesen Ideen, schwärmerisch und überschwänglich, kommt jedoch kein eigenständiger Wert zu.[28,29]

---

[21] Zit. nach Pilz, S.116.

[22] Pilz, S.116f.

[23] Zit. nach Majer; Hunziger, Verfassungsstrukturen 2009, S.397. Dieses Gesetz wird auch als sog. Dezemberverfassung bezeichnet. Es gewährleistete allgemeine Rechte der Staatsbürger „für die im Reichsrathe vertretenen Staaten und Länder“.

[24] Zit. nach Majer; Hunziger, S.395ff. Siehe auch das Gesetz 1868 über die interkonfessionellen Rechte der Staatsbürger, Zit. nach Majer; Hunziger, a.a.O.

[25] Majer, Hunziger, S.395.

[26] Gesetz von 1862 zum Schutze der persönlichen Freiheit; Gesetz von 1862 zum Schutze des Hausrechts. Alle Bestimmungen in: Österreichisches Recht, Textausgabe, 4. Aufl. Wien 1950, zit. nach Majer; Hunziger, S.395ff.

[27] Z.B. Junges Italien (1831), Junges Polen, Junges Deutschland (Börne, Heine), Junges Europa (1834 in Bern), Junge Schweiz (1835), Junges Irland (1842) Junges Österreich (1848), Junges Russland (1843), näher Geier, S.116.

[28] Näher: Borodziej, Wladzimierz u.a. (Hg.), Option Europa. Deutsche, polnische und ungarische Europapläne des 19. und 20. Jh. 3 Bde, Göttingen 2005.

[29] Die europäischen Ideen dieser Bewegungen waren höchst idealistisch, begleitet von Menschheitsbeglückungsideen; so heißt es z.B. in den Instruktionen Mazzinis, dem politischen Sprecher des Jungen Europa:
„Das Junge Europa ist die Verbindung derer, welche, an eine Zukunft der Freiheit, der Gleichheit und der Verbrüderung aller Menschen glaubend, ihr Denken und Handeln der Verwirklichung dieser Zukunft widmen wollen… Glaubensartikel. Ein einziger Gott. Ein einziger Herrscher: sein Gesetz. Ein einziger Ausleger dieses Gesetzes: die Menschheit… Nach dem Gesetze Gottes und der Menschheit sind alle Völker frei, alle Völker gleich, alle Völker Brüder… Jedes Volk hat eine besondere Bestimmung, welche zur Erreichung der allgemeinen menschlichen Bestimmung beiträgt. Diese Bestimmung bildet seine Nationalität, diese ist heilig… Die Verbindung des Jungen Europa stellt in ihrer definitiven Organisation die europäische Zukunft dar… [diese] wird die zwei Grundideen der neuen Epoche: Vaterland und Menschheit, vereinigen… Alle Völker, welche sich zu verjüngen streben, werden sich als National-Verbindungen konstituieren, welche alle diejenigen umfassen, die, an eine Zukunft der Freiheit, Gleichheit und Brüderschaft für alle Menschen glaubend, ihr Denken und Handeln der Verwirklichung dieser Zukunft weihen wollen…“. Eine Konzeption, die wie ein Aufruf zu einer allgemeinen Weltfriedensordnung betrachtet werden muss, die erst hundert Jahre später in Gestalt der Vereinten Nationen Wirklichkeit geworden ist (Anm. d.V.). Es folgen der Aufruf zur Bewaffnung und zum Kampf für die heilige Sache des Rechtes und des Jungen Europa sowie eine Schwurformel. Näher Geier, S.115ff.

Auch die sozialistischen Denker in Frankreich, wie z.B. Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), forderten einen europäischen Zusammenschluss, um der Wilkür der regionalen Mächte ein Ende zu bereiten.[30]

So brachte z.B. auf dem Hambacher Fest der Publizist Wirth (1798-1848) ein dreifaches Hoch auf das „konföderierte republikanische Europa" aus, der Student Brüggemann schwärmte von den „Freistaaten Europas". Zahlreiche Vereinigungen waren aktiv, die sich für Griechenland oder die Polenfrage begeisterten, die in ihrer politischen Haltung liberal, manchmal auch demokratisch waren und im Sinne Victor Hugos an ein brüderliches Europa glaubten. Metternich und der Deutsche Bund pflegten ein Klein- d.h. ein Mitteleuropa. Friedrich Naumann (Theologe und liberaler Politiker) hat dieses Konzept dann im Ersten Weltkrieg in seinem Buch *Mitteleuropa* (1915) näher ausgeführt und Deutschland zum Mittelpunkt Mitteleuropas gemacht.

Auch im Zeitalter des Imperialismus blieb das Thema Vereinigtes Europa aktuell. Vor allem spielten die Friedensbewegungen eine große Rolle. Zu nennen sind hier Bertha von Suttner (1843-1914) und Annette Kolb (1870-1967), die mit der *Internationalen Rundschau* europäischen Intellektuellen, die sich für ein kulturell vereinigtes und friedliches Europa einsetzten, ein Forum zur Verfügung stellten.

Die europäischen Ideen lebten auch in den Bewegungen des Pazifismus in Frankreich weiter. So forderte die Zeitschrift *Les états unies de l'Europe* der 1867 in Paris gegründeten *Ligue internationale de la paix et de la liberté*, ebenfalls die Vereinigten Staaten von Europa, da die Föderation der Völker auf dem Hintergrund des deutsch-französischen Krieges doch nicht zu verwirklichen sei.[31]

Allerdings nahmen diese Überlegungen, wie z.B. die pazifistischen Entwürfe (Victor Hugo) eine eher kulturelle Wendung,[32] nachdem eine politische Einigung nicht möglich erschien. Man berief sich auf die griechisch-römische Kultur, auf das Christentum, auf das römische Recht, ferner auf das überstaatliche Kaisertum, auf die lateinische Sprache – all dies seien Elemente einer europäischen (Kultur-) Gemeinschaft.

Auch der seit Ende des 19. Jahrhunderts wachsende Panslawismus entwickelte Pläne für ein künftiges Europa, die aber ebenfalls von den politischen Machtverhältnissen der damaligen Zeit weit entfernt waren.[33]

6. Europäische Einigungsbestrebungen nach dem Ersten Weltkrieg

Nach dem Ende des Ersten Weltkriegs war an eine europäische Zusammenarbeit, in welcher Form auch immer, zunächst nicht zu denken. Nach Auffassung der Alliierten konnten Sicherheit und Stabilität in Europa nur durch Niederhaltung des besiegten Deutschlands erreicht werden. Die Wirkung der Verträge von Versailles und St. Germain spiegelte diese Auffassung in vielfältiger Weise wider.

Die Kriegsschuldthese (Art. 231)[34], die zahlreichen Gebietsabtretungen[35] und andere sehr harte Auflagen[36], die bis hin zu absurden und völkerrechtlich höchst umstrittenen For-

[30] In seinem Werk: *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution* forderte Proudhon eine Föderation als Zusammenschluss von souveränen Einheiten (Staaten). Die Zentralgewalt übernimmt danach nur bestimmte Aufgaben, z.B. militärischer Art (vgl. mit heutigem Begriff: Subsidiaritätsprinzip). „(…) ich nehme selbst den Heeresdienst nicht von dieser Regel aus; die Milizen, die Magazine, die Festungen sollen nur im Fall des Krieges und für die speziellen Kriegsbedürfnisse auf die Bundesgewalt übergehen, sonst bleiben Soldaten und Waffen in der Gewalt der lokalen Behörden" (Anklänge an die Schweiz); zit. nach Mittag, S.41.

[31] Geier, S.119.

[32] So prophezeite Victor Hugo auf dem internationalen Friedenskongress in Paris: „Der Tag wird kommen, an dem ein Krieg zwischen Paris und London, zwischen Petersburg und Berlin, zwischen Wien und Turin ebenso absurd und unmöglich erscheinen wird, wie heute bereits ein Krieg zwischen Rouen und Amiens, zwischen Boston und Philadelphia absurd und unmöglich ist. Der Tag wird kommen, an dem ihr Franzosen, Russen, Italiener, Engländer, Deutschen, ihr Nationen des Kontinents euch zu einer höheren Einheit, einer größeren Gemeinschaft zusammenschließt, ohne eure besondere Eigenart und eure ruhmvolle Individualität aufgeben zu müssen… Der Tag wird kommen, an dem die Kugeln und Bomben ersetzt werden von den Abstimmungen der Völker, von dem allgemeinen Wahlrecht, von dem ehrwürdigen Schiedsgericht eines großen, souveränen Senats, der für Europa das sein wird, was heute das Parlament für England, die Nationalversammlung für Deutschland, die gesetzgebende Nationalversammlung für Frankreich ist… Der Tag wird kommen, an dem sich die beiden großen Ländergruppen, die Vereinigten Staaten von Amerika und die Vereinigten Staaten von Europa die Hände über die Meere reichen werden, ihre Waren, ihren Handel, ihre Industrie, ihre Künste, ihre Genies austauschen, die Erde urbar machen, die Wildnis kolonisieren… [um] Wohlergehen fur alle zu erzielen! Das Ziel der… Politik wird künftig sein: alle Nationalitäten anzuerkennen, die historische Einheit der Völker wiederherzustellen und diese Einheit durch den Frieden mit der Zivilisation zu verbinden, die Gruppe der zivilisierten Völker unaufhörlich zu vergrößern, den noch barbarischen Völkern ein gutes Beispiel zu geben, Kriege durch Schiedsgerichte zu ersetzen… England hat in unserem alten Europa den ersten Schritt getan und durch sein säkulares Beispiel den anderen Völkern gesagt: Ihr seid frei! Frankreich hat den zweiten Schritt getan und den Völkern gesagt: Ihr seid souverän! Machen wir nun alle zusammen – Frankreich, England, Belgien, Deutschland, Italien, Europa, Amerika – den dritten Schritt und sagen wir den Völkern: Ihr seid Brüder!" (Näher Schmale, S.100.).

[33] Näher Geier, S.128 m.N.

[34] Wortlaut: „Die alliierten und assoziierten Regierungen erklären, und Deutschland erkennt an, dass Deutschland und seine Verbündeten als Urheber für alle Verluste und Schäden verantwortlich sind, die die alliierten und assoziierten Regierungen und ihre Staatsangehörigen infolge des Krieges, der ihnen durch den Angriff Deutschlands und seiner Verbündeten aufgezwungen wurde, erlitten haben." (Der Begriff „Schuld" war im Vertragstext nicht enthalten, er befand sich nur in einer sog. Mantelnote, die am 16. 6. 1919 mit dem endgültigen Vertragstext überreicht wurde, aber kein Bestandteil des Vertrags war, Anm. d. Verf.). Die Bestimmung bedeutet, dass das Deutsche Reich (und seine Verbündeten wie Österreich) umfassend für alle Verluste an Land und Menschen haftbar gemacht werden sollte, welche die kaiserlichen Truppen, insbesondere in Frankreich und Belgien, angerichtet hatten. Die eigentlichen Reparationsforderungen waren zunächst nicht festgelegt. Sie belasteten jedoch den Weimarer Staat außerordentlich und waren eine der Ursachen für die Inflation der folgenden Jahre.

[35] Ohne Volksabstimmungen wurden abgetreten: Sämtliche kolonialen Erwerbungen, Elsass-Lothringen, große Teile Westpreußens, die Provinz Posen, ferner einige kleine Gebiete in Ostpreußen und Niederschlesien. Gebietsverluste insgesamt: 70.500 km^2, Einwohnerverluste: 7,3 Mio.

[36] Diese betrafen vor allem Rüstungsbeschränkungen, wie die Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht, Auflösung des Generalstabs und Verbot aller modernen Waffen (Panzer, U-Boote, Luftwaffe), Reduzierung des Landheeres auf 100.000 Mann und der Marine auf 15.000 Mann.

derungen[37] führten, hatten die Wirkung, dass die Verträge in Deutschland (und Österreich) als ein Diktat der Sieger empfunden wurden, die keine friedensstiftenden Vereinbarungen enthielten, sondern nur die Quelle für neue Auseinandersetzungen bis hin zum Krieg boten.

Auch britische Diplomaten beurteilten den Vertrag sehr kritisch. Schon die praktischen Folgen des Kriegs hatten ihnen gezeigt, dass der Vertrag nur negative Konsequenzen haben würde. Die Lebensmittelblockade wurde schon zu Kriegszeiten penibel durchgeführt. Französische Agenten überwachten sogar die Häfen in den neutralen Niederlanden. Hatten sie Grund zu der Annahme, dass ein Schiff Lebensmittel für die hungernde deutsche Bevölkerung transportierte, meldeten sie dies an die britische Marine, die das Schiff dann auf seiner nächsten Fahrt versenkte.[38] Aber auch nach dem Krieg blieb die Blokkade der deutschen Häfen – und damit die Hungerblockade – durch die Siegermächte entgegen dem Völkerrecht weiter bestehen.[39] Die Dezimierung besiegter Völker durch Hunger wurde offenbar von alliierter (französischer) Seite als quasi legitim angesehen, ebenso wie die wirtschaftliche Ausbeutung, wie die Rheinlandbesetzung durch Frankreich 1923-1930, die über die Bedingungen des Versailler Vertrags noch weit hinausging. Die Maßnahmen blieben allerdings nicht ohne Widerspruch durch Großbritannien, das sich sowohl von der Rheinlandbesetzung wie auch schon zuvor von der manipulierten Volksabstimmung in Oberschlesien (1921) distanzierte.

Überhaupt waren viele Briten von vornherein gegen den Versailler Vertrag und seine Auswüchse gewesen (den sie gleichwohl unterzeichnet hatten). Philip Snowden (britischer Parlamentarier) charakterisierte den Versailler Vertrag wie folgt: „Der Vertrag dürfte Briganten, Imperialisten und Militaristen zufrieden stellen. Er ist ein Todesstoß für alle diejenigen, die gehofft hatten, das Ende des Krieges werde den Frieden bringen. Das ist kein Friedensvertrag, sondern eine Erklärung für einen weiteren Krieg (der dann auch nur 20 Jahre später, 1939, ausbrechen sollte. Anm. d. Verf.). Es ist der Verrat an der Demokratie und an den Gefallenen des Krieges. Der Vertrag bringt die wahren Ziele der Verbündeten an den Tag."

Die Präambel „… dass die alliierten und assoziierten Mächte gleichfalls den Wunsch haben, an die Stelle des Krieges, in den sie nacheinander unmittelbar oder mittelbar verwickelt worden sind (…), einen festen, gerechten und dauerhaften Frieden treten zu lassen" klang wie Hohn, denn es hat in der europäischen Geschichte wohl kaum einen ungerechteren Friedensschluss gegeben als den von Versailles im Juni 1919, und kaum ein politisches Dokument hat wohl je einem „dauerhaften Frieden" mehr im Wege gestanden als eben jener Vertrag – so urteilte der britische Politiker Lord Curzon. Curzon (ab 1919 englischer Außenminister) erklärte auch, der in Versailles erreichte Vertrag sei „kein Friedensvertrag, er ist einfach eine Unterbrechung der Feindhandlungen."[40]

Lloyd George (ab 1916 englischer Premierminister) bemerkte 1919 zum Versailler Vertrag: „Wir haben ein schriftliches Dokument, das uns Krieg in zwanzig Jahren garantiert. Wenn Sie einem Volk Bedingungen auferlegen, die es unmöglich erfüllen kann, dann zwingen Sie es dazu, entweder den Vertrag zu brechen oder Krieg zu führen. Entweder wir modifizieren diesen Vertrag und machen ihn für das deutsche Volk erträglich oder es wird, wenn die neue Generation herangewachsen ist, es wieder versuchen." Lloyd George sollte mit seiner Vorhersage sogar auf das Jahr genau Recht behalten! Die Blockade der damaligen Zeit durch die Alliierten tat ein Übriges, um Elend und

---

[37] Vgl. die folgenden Beispiele, die die übermäßigen Forderungen des Vertrags belegen:
Artikel 118.
Außerhalb seiner Grenzen in Europa, wie sie durch den gegenwärtigen Vertrag festgesetzt sind, verzichtet Deutschland auf sämtliche Rechte, Ansprüche und Vorrechte auf und in bezug auf alle ihm oder seinen Verbündeten gehörenden Gebiete sowie auf alle Rechte, Ansprüche und Vorrechte, die ihm aus irgendwelchem Grunde gegen die alliierten und assoziierten Mächte bislang zustanden.
Deutschland verpflichtet sich bereits jetzt, die Maßnahmen anzuerkennen und gutzuheißen, die von den alliierten und assoziierten Hauptmächten, gegebenenfalls im Einverständnis mit dritten Mächten, zur Regelung der sich aus der vorstehenden Bestimmung ergebenden Folgen getroffen sind oder noch werden (Deutschland sollte also jetzt schon allen diesbezüglichen künftigen Entscheidungen der Alliierten zustimmen, Anm.d.V.).
Artikel 281.
Treibt die deutsche Regierung internationalen Handel, so soll sie in dieser Hinsicht keinerlei Rechte, Vorrechte und Freiheiten der Souveränität haben, auch nicht so angesehen werden, als ob sie solche hätte.
Artikel 306.
Die gewerblichen, literarischen und künstlerischen Eigentumsrechte im Sinne der im Artikel 286 bezeichneten internationalen Abkommen von Paris und Bern werden unter Vorbehalt der Bestimmungen des gegenwärtigen Vertrags zugunsten der Personen, die bei Beginn des Kriegszustands in ihrem Genuss standen, oder zugunsten ihrer Rechtsnachfolger mit dem Inkrafttreten des gegenwärtigen Vertrags in den Gebieten der Hohen vertragschließenden Teile wieder in Kraft gesetzt oder wiederhergestellt.
Wegen der Ausnutzung von gewerblichen, literarischen oder künstlerischen Eigentumsrechten, die während des Krieges durch die Regierung einer alliierten oder assoziierten Macht oder durch irgendeine Person für Rechnung oder mit Zustimmung dieser Regierung erfolgt ist, sowie wegen des Verkaufs, des Feilbietens und des Gebrauchs irgendwelcher Erzeugnisse, Geräte, Sachen oder Gegenstände, die unter diese Rechte fielen, stehen Deutschland und deutschen Reichsangehörigen keinerlei Ersatzansprüche oder Klagen zu.
(Diese Bestimmung sollte die Nutzung deutscher Urheberrechte während des Krieges durch die Alliierten legalisieren. Anm.d.V.).

[38] Desgranges, Pierre; de Belleval: En mission chez l'ennemi, Paris 1930.

[39] Diese Blockaden hatten eine verheerende Wirkung: „…die Blockade [werde] mit Nachdruck durchgesetzt. Diese Waffe des Aushungerns ist vornehmlich auf die Frauen und Kinder gerichtet, die Alten, die Kranken und die Armen…" erklärte Winston Churchill am 14. März 1919 vor dem englischen Unterhaus. Viele hunderttausend Menschen starben infolge Entkräftung, Krankheit und Hunger in den neun Monaten nach dem Waffenstillstand als Folge dieser Hungerblockade.

[40] Die Regierungspresse in Frankreich und Großbritannien bemerkte zum Ergebnis der Konferenz: „Frankreich hat die Maximalforderungen durchgesetzt." Der Londoner *Daily Herold* kommentierte hingegen am 9. Mai: „Die Bedingungen der Entente sind schamlos und abgeschmackt, sie sind Vorspiel neuen Rassenhasses und eines neuen Krieges."

Wut in Deutschland zu schüren. Hinzu kam, dass die von den Alliierten geltend gemachten Kriegskosten eine so gigantische Summe[41] erreichten, dass ihre Bezahlung unmöglich erschien. Die Ratifizierung des Vertrags gestaltete sich deshalb außerordentlich schwierig. Sie war nur in einem komplizierten Prozess zu erreichen, der an Dramatik kaum zu überbieten war. Begleitet von Massenprotesten, lehnten Reichskanzler Philipp Scheidemann und sein Außenminister Graf Ulrich von Brockdorf-Ranzau die Unterzeichnung des Vertrags ab und traten zurück (20. Juni 1919). Erst das am 21. Juni 1919 neugebildete Kabinett unter dem Sozialdemokraten Bauer konnte die Nationalversammlung bewegen, mit den Stimmen von Sozialdemokraten, Unabhängigen Sozialdemokraten und Zentrum dem Vertrag zuzustimmen (22. Juni 1919). Sie lehnte aber ausdrücklich die Anerkennung des Kriegsschuldparagraphen und die Auslieferung der sogenannten Kriegsverbrecher (zu diesen gehörten nach französischer Auffassung auch die Oberste Heeresleitung sowie der Kaiser) ab. Nachdem Frankreich jedoch mit militärischen Maßnahmen gedroht hatte, gab die Reichsregierung nach. Am 28. Juni 1919 wurde der Friedensvertrag in Versailles unterzeichnet und am 9. Juli von der Nationalversammlung ratifiziert.

Der Völkerbund

Angesichts des Versailler Vertrags 1919 herrschten in Deutschland Elend und Wut. Die Präambel, die zum Frieden aufrief, wurde als Farce empfunden. Auch britische Politiker waren, wie ausgeführt, wenig glücklich über die radikalen Maßnahmen der französischen Seite. Immerhin bemühten sich jedoch die Siegermächte um eine internationale Zusammenarbeit und Verständigung. Zu diesem Zweck wurde 1920 der Völkerbund mit ständigem Sitz in Genf geschaffen, dem 27 Staaten angehörten. Er sollte die internationale Ordnung wiederherstellen.[42] Die Situation war ähnlich wie hundert Jahre zuvor auf dem Wiener Kongress, als nach dem Ende der Napoleonischen Kriege die europäischen Mächte Frieden und Ordnung in Europa durch internationale Pakte (Deutscher Bund, Heilige Allianz) wiederherzustellen suchten. Allerdings wurde damals das besiegte Frankreich nach kurzer Zeit in den Kreis der Vertragsstaaten wieder aufgenommen. Anders der Völkerbund, der nur sehr vorsichtig eine gemeinsame Interessenwahrung der Staaten ins Auge fasste und vor allem auf der Souveränität der Einzelstaaten aufbaute. Die wichtigsten Länder, nämlich die Vereinigten Staaten, aber auch Russland, nahmen an dem Völkerbund gar nicht oder nur kurzzeitig teil, auch nicht Großbritannien. Der anfängliche Ausschluss von Deutschland (die Aufnahme erfolgte erst 1925 auf alliierten Druck) nahm dem Völkerbund viel von seiner Wirkung.

Was den europäischen Gedanken noch mehr behinderte, war, dass eine europäische Lösung die Aussöhnung zwischen Deutschland und Frankreich voraussetzte, aber gerade diesem Ziel durch diesen Ausschluss entgegenwirkte. Die Basis für eine künftige Zusammenarbeit war damit bereits beschädigt, wenn nicht sogar unmöglich gemacht. Der Völkerbund war somit ungeeignet, in Europa Frieden zu schaffen.

Auch die Entwicklung in anderen europäischen Ländern, insbesondere in Ost-Mitteleuropa, zeigte die politische Ohnmacht des Völkerbundes. Die Diskrepanz zwischen Nationalstaaten und dem in Wilsons 14-Punkten dekretierten Minderheitenschutz wurde je länger je mehr offenkundig. Revisionistische Bestrebungen gewannen überall an Boden: in Ungarn, Bulgarien, Ukraine, Polen, Rumänien. Die Revision der bestehenden Grenzen sowie die Diskriminierung der Minderheiten, die zu anderen Nationalitäten gerechnet wurden, war die treibende Kraft in der Region, insbesondere bei den politischen Eliten (Ungarn, Bulgarien, Rumänien). Dies führte dazu, dass im Zweiten Weltkrieg die jeweiligen Staaten sich als „gefräßige Verbündete Hitlers“[45] erwiesen, die auf Erfüllung ihrer territorialen Wünsche pochten (meist mit Erfolg), entweder durch Annexion (wie Italien, Finnland, Ungarn und Bulgarien), oder durch Sezession (wie die Slowakei und Kroatien).

Die Paneuropa-Bewegung von Richard N. Coudenhove-Kalergi

Was auf der politischen Bühne unmöglich war, gelang jedoch auf der Ebene privater Organisationen, vor allem der Paneuropa-Bewegung, die in der Literatur vielfach beschrieben worden ist. Im folgenden wird daher die Entwicklung nur in groben Zügen dargestellt. Die wichtigsten Verfechter der Europa-Idee kamen aus dem bürgerlichen Spektrum der Mitte. Es war der herausragende, allerdings auch umstrittene Richard Nikolaus Coudenhove-Kalergi,[44] eine Persönlichkeit österreichisch-niederländischer Abstammung, der mit seiner Schrift Paneuropa (1923) das Signal für einen Neuanfang der europäischen Verhältnisse gab.[45] Im folgenden wird vorwiegend auf seine Schriften[46] Bezug genommen.

---

[41] Die gesamten direkten Kriegsausgaben betrugen 1914 bis 1918 956 Milliarden Goldmark. 208 Milliarden davon entfielen auf das Britische Empire, 194 auf Deutschland, 134 auf Frankreich, 129 auf die USA, 106 auf Russland, 99 auf Österreich-Ungarn und 63 Milliarden auf Italien. Diese gigantischen Kosten überstiegen bei weitem die Wirtschaftskraft der europäischen Länder. Im Wesentlichen – mit Ausnahme Großbritanniens – wurden sie durch Kriegsanleihen und Inflation aufgebracht. Im Hinblick darauf wurde eine feste Summe im Vertrag nicht festgesetzt. Die Reparationskommission einigte sich auf 226 Mrd. Goldmark, die im April 1921 auf 132 Milliarden Goldmark reduziert wurden. Der Dawes-Plan 1923 und Young-Plan 1928 enthielten weitere Erleichterungen.

[42] Ziel war die Beilegung aller Streitigkeiten zwischen den Staaten durch ein internationales Schiedsgericht, das in der Völkerbundversammlung verkörpert sein sollte.

[43] Cattaruzza, Marina; Dyroff, Stefan; Langewiesche, Dieter (Hg.): Territorial Revisionism and the Allies of Germany in the Second World War, New York / Oxford 2013.

[44] Umstritten war er deswegen, weil er vermeinte, auch in der Zeit der NS-Herrschaft ein föderales Europa gründen zu können; dies wurde jedoch von Hitler entschieden abgelehnt. Nach 1945 gab es Stimmen, die (im falschen Verständnis europäischer Entwicklung) ihm wegen seiner „Sympathien für den Faschismus“ einen Platz in der europäischen Traditionslinie verweigern wollten (Riehle, S.303).

[45] Näher: Coudenhove-Kalergi: Kampf um Europa. Aus meinem Leben, S.92ff.

[46] Zusammenfassung in: Ein Leben für Europa. Meine Lebenserinnerungen, 1966.

Die Aktivitäten Coudenhoves erfolgten zu einem denkbar ungeeigneten Zeitpunkt. Die zwanziger Jahre waren von Inflation, Ruhrgebietsbesetzung und dem Zwang hoher Reparationszahlungen seitens Deutschlands geprägt. Im Herbst 1922 veröffentlichte Coudenhove einige Zeitungsartikel, in denen er die Ziele und Vorstellungen der von ihm gegründeten Paneuropa-Bewegung darlegte und ein Ende des Streits der europäischen Mächte forderte. Berühmt machte ihn sein Aufruf *Das Paneuropäische Manifest*,[47] das vor einem neuen Krieg warnte, wenn sich Europa nicht zusammenschließe. Das Manifest, das von Schwung und Begeisterung getragen wurde, sollte die Völker Europas aufrütteln und zu einem dauerhaften Frieden führen. Die folgenden Auszüge mögen dies beleuchten:

„Europäer! Europäerinnen!

Europas Schicksalsstunde schlägt!

In europäischen Fabriken werden täglich Waffen geschmiedet, um europäische Männer zu zerreißen – in europäischen Laboratorien werden täglich Gifte gebraut, um europäische Frauen und Kinder zu vertilgen. Indessen spielt Europa in unbegreiflichem Leichtsinn mit seinem Schicksal; in unbegreiflicher Blindheit sieht es nicht, was ihm bevorsteht; in unbegreif-licher Untätigkeit lässt es sich willenlos der furchtbarsten Katastrophe entgegentreiben, die je einen Erdteil traf.

Europas Politik steuert einem neuen Kriege zu. Zwei Dutzend neuer Elsaß-Lothringen sind entstanden. Eine Krise löst die andere ab. Täglich kann durch einen Zufall – etwa durch ein Attentat oder durch eine Revolte – der europäische Vernichtungskrieg ausbrechen, der unseren Erdteil in einen Friedhof verwandelt…[48]

Dieser drohende Krieg bedeutet den gründlichen Untergang Europas, seiner Kultur und Wirtschaft. Andere Erdteile werden an dessen Stelle treten. Die zweite Gefahr, der ein zersplittertes Europa entgegen geht, ist eine Eroberung durch Russland…[49]

Die dritte Lebensgefahr für Europa ist: der wirtschaftliche Ruin. Nie kann die zersplitterte Wirtschaft der uneinigen Staaten von Europa konkurrenzfähig bleiben gegen die geschlossene Wirtschaft der Vereinigten Staaten von Amerika… Chronische Krisen werden die europäische Wirtschaft untergraben, die Not, das Elend und die Teuerung steigern, bis schließlich das bankrotte Europa amerikanische Wirtschaftskolonie wird. Dieser Zustand wird zur Versklavung der europäischen Arbeiterschaft durch das amerikanische Kapital führen, das sich jeder Kontrolle durch seine europäischen Arbeitnehmer entziehen wird. Vor dieser Gefahr gibt es nur eine Rettung: Zusammenschluss des europäischen Kontinents zu einem Zollverband, Abbau der europäischen Zwischenzölle und Schaffung eines paneuropäischen Wirtschaftsgebietes. Jeder andere Weg führt zum Ruin.[50]

Die einzige Rettung vor diesen drohenden Katastrophen ist: Paneuropa, der Zusammenschluss aller demokratischen Staaten Kontinentaleuropas zu einer internationalen Gruppe, zu einem politischen und wirtschaftlichen Zweckverband."[51]

Wenig später fasste er den Inhalt des Manifests in seinem Buch *Paneuropa* zusammen, das er im Sommer 1923 in dem eigens dafür gegründeten Paneuropa-Verlag veröffentlichte. Coudenhove sah Paneuropa als politische Größe; zugleich sollte es Wirtschaftsmacht sein[52] und seine Autarkie nach West und Ost sichern.[53] In dem Buch *Paneuropa* stellt Coudenhove nach einer Analyse der weltpolitischen Situation seine Lösungsstrategie vor: Eine Paneuropa-Union, d.h. einen Zusammenschluss der europäischen Staaten, weil die europäische Kleinstaaterei im Wettbewerb mit den sich abzeichnenden beziehungsweise bestehenden Weltmächten Amerika, Russland, Großbritannien und Ostasien nicht länger überlebensfähig sei. Auch sah er schon den Zweiten Weltkrieg voraus, der der grausamste Krieg aller Zeiten sein würde, falls die Gründe für die politischen Spannungen wie Aufrüstung, Erbfeindschaft zwischen Deutschland und Frankreich, ausgeprägter Nationalismus der europäischen Staaten sowie der Versailler Friedensvertrag nicht beseitigt werden würden.

Zusammengefasst schlug Coudenhove folgende Schritte vor:

---

47 Zit. nach Foerster 1963, S.226ff.

48 Der Aufruf fährt fort: „Dieser Vernichtungskrieg, den die europäische Politik vorbereitet, wird an Schrecklichkeit den Weltkrieg ebenso weit hinter sich lassen, wie dieser den Deutsch-Französischen. Sein Element wird die Luft sein, seine Waffe das Gift, sein Ziel die Ausrottung der feindlichen Nation. Der Hauptkampf wird sich gegen die Städte des Hinterlandes richten, gegen Frauen und Kinder. Die besiegten Nationen werden vernichtet - die siegreichen tödlich verwundet aus diesem Massenmorden hervorgehen."

49 „Vor dieser Gefahr gibt es nur eine Rettung: der europäische Zusammenschluss. Für ein einiges Europa gibt es keine russische Gefahr. Denn es hat doppelt so viele Menschen wie Russland und eine ungleich entwickeltere Industrie. So liegt die Entscheidung über die russische Gefahr nicht bei Russland, sondern bei Europa. Die beiden kommenden Jahrzehnte werden der Geschichte das Schauspiel eines Wettlaufs bieten zwischen Europas Einigung und Russlands Wiederaufrichtung: Erholt sich Russland von seiner Wirtschaftskatastrophe, bevor Europa sich einigt, so muss Europa unrettbar der russischen Hegemonie verfallen; einigt sich Europa, bevor Russland wiederhergestellt ist, so ist Europa vor der russischen Gefahr gerettet. So liegt die Freiheit Europas in der Hand der Europäer."

50 „Das zersplitterte Europa geht somit einer dreifachen Katastrophe entgegen: dem Vernichtungskrieg, der Unterwerfung durch Russland, dem wirtschaftlichen Ruin."

51 „Die Gefahr des europäischen Vernichtungskriegs kann nur gebannt werden durch einen paneuropäischen Schiedsvertrag; die Gefahr der russischen Herrschaft kann nur gebannt werden durch ein paneuropäisches Defensivbündnis; die Gefahr des wirtschaftlichen Ruins kann nur gebannt werden durch eine paneuropäische Zollunion. Der Schiedsvertrag sichert den Frieden, das Bündnis sichert die Freiheit, die Zollunion sichert die Wirtschaft. Diese drei Punkte enthalten im wesentlichen das paneuropäische Programm… Ist Paneuropa geschaffen, so kann es als gleichberechtigte Weltmacht mit Amerika, Britannien, Russland und Ostasien einen neuen Völkerbund schließen, in dem kein Erdteil sich vor fremder Einmischung zu fürchten braucht. Nur einem solchen Weltbunde könnten die Vereinigten Staaten von Amerika und Sowjetrussland beitreten. Als selbständige Gruppe innerhalb des Völkerbundes hätte Paneuropa die Möglichkeit, sein Schicksal selbst zu lenken, statt, wie dies heute in Genf geschieht, die wichtigsten europäischen Entscheidungen Südamerikanern und Asiaten überlassen zu müssen. Der amerikanischen Monroedoktrin soll endlich, nach hundert Jahren, eine europäische gegenübergestellt werden: *Europa den Europäern!*" Zit. nach Foerster 1963, 226ff.

52 Coudenhove-Kalergi: Paneuropa, S.167ff.

53 Coudenhove-Kalergi: Kampf um Europa, S.92ff.

- Die europäischen Staaten sollten eine Konferenz einberufen.[54]
- Um die Grundlage gemeinsamer Zusammenarbeit zu schaffen, sollten Grenzen garantiert und Schiedsverträge geschlossen werden.
- Ein Defensivbündnis zur Sicherung der deutschen Ostgrenze sollte von den europäischen Staaten geschlossen werden.
- Zollunion durch regelmäßige Abhaltung von Wirtschaftskonferenzen.
- Die Europäischen Staaten sollten sich wie die amerikanischen Bundesstaaten verhalten und ein einheitliches Wirtschaftsgebiet schaffen, sowie in Verkehr, Schulden- und Kulturfragen zusammenarbeiten. Paneuropa war für Coudenhove so etwas wie die Vereinigten Staaten von Europa mit zwei Kammern, ein Völkerhaus mit 300 Abgeordneten, und ein Staatenhaus, bestehend aus 27 Regierungsvertretern. Unerlässlich sei die Zusammenarbeit zwischen Deutschland und Frankreich.[55]

Coudenhove sah die einzige Rettung in den oben genannten Punkten, um einen drohenden neuen Weltkrieg zu vermeiden. Seine Sichtweise war weit gespannt. Er lehnte den neugegründeten Völkerbund ab. Dieser sollte weltweit agieren, sei aber für die europäischen Verhältnisse nicht geeignet. Pan-Europa sollte innerhalb des Völkerbundes daher nur als Gesamtheit agieren und eine selbstständige Gruppe bilden.[56]

Um eben diesen Krieg zu verhindern, appellierte er an die politischen Parteien Europas und die Menschen, Paneuropa Wirklichkeit werden zu lassen. Er wollte mit einem Paneuropäischen Rat – nach Vorbild der Panamerikanischen Union mit Schiedsvertrag und Zollunion – beginnen. Als Fernziel sah er eine paneuropäische Verfassung mit einem Völkerhaus und einem Staatenhaus vor. Sein Buch „Paneuropa" sollte die Grundlage der Paneuropa-Bewegung bilden. Jedem Exemplar war eine Beitrittskarte zur Paneuropa-Union beigelegt. Waren nach den Zeitungsartikeln erst 50 Mitglieder beigetreten, von denen „keines […] in der Lage [schien], […] [ihm] beim Aufbau zu helfen",[57] so traten nach Veröffentlichung des Buches etwa 1000 Menschen in die Paneuropa-Union ein. Da die Zahl der Mitglieder immer weiter wuchs, untergliederte Coudenhove die Paneuropa-Union in nationale Gruppen. In fast allen europäischen Staaten bestanden diese und wurden von großen Persönlichkeiten der damaligen Zeit präsidiert. So z.B. für Österreich Bundeskanzler Ignaz Seipel, für die Tschechoslowakei der Außenminister Eduard Beneš. Beneš war es auch, der Coudenhove-Kalergi mit einem Diplomatenpass und wertvollen Empfehlungen an führende Politiker Frankreichs, unter ihnen Briand, ausstattete.[58] Bedeutend für die Paneuropa-Bewegung war auch die Spende in Höhe von 60000 Goldmark des Hamburger Bankiers Max Warburg, die damit erst die weiteren Schritte Coudenhoves ermöglichte.

Das Echo auf die damals wahrhaft revolutionären Vorschläge war geteilt: Die Intellektuellen und die Eliten begünstigten diese Vorschläge, weil sie Zuversicht verbreiteten; die Vorschläge erreichten jedoch das breite Publikum nicht. Die Konservativen wiesen jede Annäherung an die französische Politik zurück, weil sie sich in der Ablehnung des „Schandfriedens" von Versailles einig waren. Die amtierenden Politiker der Regierungsparteien nahmen die Vorschläge mit Zurückhaltung auf, da sie zu oberflächlich seien. Eine Ausnahme stellte die später zu erörternde Meinung von Aristide Briand dar, der als französischer Außenminister, später Ministerpräsident, diesen Vorschlägen höchst positiv gegenüberstand. Später wurde Briand zum Ehrenpräsidenten der Paneuropa-Union ernannt.

Im April 1924 richtete Coudenhove-Kalergi in der Wiener Hofburg das Generalsekretariat der Bewegung ein, das dort bis zum Anschluss Österreichs an das Dritte Reich 1938 seinen Sitz hatte. Gleichzeitig gab er die monatlich erscheinende Zeitschrift „Paneuropa" heraus. In den ersten beiden Ausgaben wurde „Das Europäische Manifest", das im Wesentlichen eine Zusammenfassung des Buches „Paneuropa" war, sowie das „Pan-Europa-Programm", veröffentlicht. Darin forderte er die Integration Europas und entwickelte konkrete Vorstellungen eines europäischen Bundesstaates und wie dieser zu verwirklichen sei.[59]

Noch vor dem ersten Paneuropa-Kongress, der vom 3. bis 6. Oktober 1926 im Wiener Konzerthaus mit über 2000 Teilnehmern aus 24 Nationen tagte, wurde die Organisation der Paneuropa-Union beschlossen (Zentralrat, Präsident). Anschließend reiste Coudenhove-Kalergi Ende 1925 mit Empfehlungsbriefen und als Gast der „Foreign Policy Association" für drei Monate in die Vereinigten Staaten, wo er nach eigenen Angaben auf offene Ohren in den Lagern der damals vorherrschenden politischen Richtungen Amerikas stieß, die von den Ideen des Internationalimus und des Isolationismus geprägt waren. Für die erstere Richtung war die mögliche Paneuropa-Union der Weg zur Völkerbundsreform mit dem Beitritt Amerikas, ohne die Monroe-Doktrin zu verletzen, für letztere die Möglichkeit, ein friedliches Europa zu schaffen, aus dessen Politik sich die USA heraushalten könnten.

Auf der Rückreise aus Amerika traf Coudenhove zum ersten Mal Aristide Briand, den französischen Außenminister. Coudenhove behauptete, er habe Briand zu dessen Europa-Memorandum angeregt. Andere Quellen sehen dies kritisch und führen die komplexen politischen Erwägungen Briands ins Feld.[60] Man kann wohl Coudenhove einen Anteil an diesem Memorandum zugestehen, gerade weil er im Dschungel der Europa-Bewegungen nach dem ersten Weltkrieg aufgrund seiner Persönlichkeit und seiner finanziellen sowie politischen Möglichkeiten eine konkrete Vorstellung von Europa hatte. Coudenhove begrüßte das Memorandum, denn es war mit seinen Paneuropa-Plänen

[54] Coudenhove-Kalergi: Das Europäische Manifest vom 1. 5. 1924, zit. nach Foerster 1963, S.230. Auch in ders.: Paneuropa 1922 bis 1966, 1966.
[55] näher Gehler, Michael 2005 (2. Aufl. 2010), S.100ff.
[56] Das europäische Manifest, zit., nach Foerster, S.229ff.
[57] Coudenhove-Kalergi, Richard: Paneuropa 1922 bis 1966, S. 58.
[58] vgl. Coudenhove-Kalergi: Weltmacht Europa, S. 113.
[59] vgl. Ziegerhofer-Prettenthaler, S. 92ff.
[60] Conze, Vanessa: Richard Coudenhove-Kalergi. Umstrittener Visionär Europas, S.34f.

durchaus kompatibel. So gesehen gehört Briands Memorandum von 1929 in die Reihe von Europa-Projekten, die auf die von Coudenhove formulierten Ideen zurückgehen.

Im Schatten des heraufziehenden Unheils fand der dritte Paneuropa-Kongress Anfang 1932 in Basel statt. Thema war die Umwandlung der Paneuropa-Union zu einer Partei, die in den Länderparlamenten auf eine Einigung im Sinne eines vereinigten Europa hinarbeiten sollte. Aber zu dieser Gründung kam es nicht mehr; die Europaeuphorie der zwanziger Jahre war endgültig verflogen. Die Weltwirtschaftskrise von 1929 und die damit verbundenen Probleme der Arbeitslosigkeit und der politischen Instabilität ließen die nationalen Interessen in allen europäischen Ländern in den Vordergrund treten. Trotz dieser Schwierigkeiten tagte 1935 der vierte Paneuropa-Kongress in Wien unter Vorsitz des österreichischen Bundeskanzlers Schuschnigg. Die Vorschläge Coudenhoves eines Donau-Europa und eines Defensivblocks (Frankreich - Italien - Österreich - kleine Entente) waren nach seinen eigenen Angaben bei vielen Europäern gern gesehene Wege zur Verwirklichung des Ziels.[61] Er stellte sich eine Art stabiles Mitteleuropa vor. Andere Quellen sprechen von Selbstüberschätzung und nur von geringem Rückhalt, weil Coudenhove für seine Ideen auch im österreichischen Ständestaat sowie im faschistischen Italien Bundesgenossen suchte.[62] Es kam zu keiner Einigung. Coudenhove hielt trotz materieller Not an seinen Überzeugungen fest, obwohl die von Robert Bosch gegründete Paneuropa-Förderungsgesellschaft nach Hitlers „Machtergreifung“ 1933 wie alle übrigen Parteien und Verbände verboten worden war. Damit war die Finanzierung der Bewegung zusammengebrochen.

Der fünfte Paneuropa-Kongress fand 1943 in New York statt. Coudenhove-Kalergi bemühte sich, weiter für seine Idee eines konföderierten Deutschlands zu werben, stieß aber bei Präsident Roosevelt auf wenig Gegenliebe. Dessen Idee war viel restriktiver: Deutschland sollte, wie aufgeführt, als Nationalstaat zerschlagen und in zunächst drei Besatzungszonen aufgeteilt werden (zu denen dann später noch eine französische Besatzungszone hinzukam).

Das Briand-Memorandum 1929/'30

Am Ende der 20er Jahre, nach der Rückkehr Deutschlands auf das internationale Parkett – verkörpert in den Verträgen von Locarno (1925) und dem Briand-Kellogg-Pakt (1928) – war der Weg auch für die offizielle Politik vorbereitet, die Aussöhnung zwischen Frankreich und Deutschland auf eine neue verläßliche Basis zu stellen.

Den entscheidenden Anstoß hierzu gab das sog. Briand-Memorandum vom 17. Mai 1930, das der französische Außenminister in seiner Rede am 5. September 1929 vor dem Völkerbund angekündigt hatte. Danach sollte die europäische Einigung durch politische Aktionen vorangetrieben werden.

Außer der Zustimmung des deutschen und tschechoslowakischen Außenministers zeigte die Reaktion mehr Bedenken als Zustimmung. Dennoch wurde Briand beauftragt, für die 27 Mitgliedsstaaten ein Memorandum auszuarbeiten. Das Dokument: *L'organisation d'un régime d'union fédérale européenne* wurde am 1. Mai 1930 vorgestellt. Es enthielt wirtschaftliche und politische Forderungen und war das erste offizielle Dokument für einen dauerhaften Frieden in Europa.[63]

---

[61] Vgl. Coudenhove-Kalergi: Die Europäische Nation, S.106-108.

[62] Vgl. Conze, Vanessa: Richard Coudenhove-Kalergi. Umstrittener Visionär Europas, S.49ff.

[63] Die wesentlichen Punkte lauteten (Auszüge):
„I. Notwendigkeit eines allgemeinen, wenn auch noch so elementaren Vertrags zur Aufstellung des Grundsatzes der moralischen Einheit Europas und zur feierlichen Bekräftigung der zwischen europäischen Staaten geschaffenen Solidarität.
In einer Formel, die so liberal wie möglich zu halten wäre, aber den wesentlichen Zweck dieses Verbandes im Dienst des gemeinsamen Werkes der friedlichen Organisation Europas klar zum Ausdruck bringen müsste, würden sich die Signatarregierungen verpflichten, in periodisch wiederkehrenden oder in außerordentlichen Tagungen regelmäßig miteinander Fühlung zu nehmen, um gemeinsam alle Fragen zu prüfen, die in erster Linie die Gemeinschaft der Europäischen Völker interessieren können.
Notwendigkeit einer Organisation, um der europäischen Union die zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlichen Organe zur Verfügung zu stellen.
II. Notwendigkeit eines repräsentativen und verantwortlichen Organs in Gestalt einer ordnungsgemäßen Einrichtung der Europäischen Konferenz, die aus den Vertretern aller dem Völkerbund angehörenden europäischen Regierungen bestehen und das wesentliche leitende Organ der europäischen Union in Verbindung mit dem Völkerbunde bilden würde.
B. Notwendigkeit eines Vollzugsorgans in Gestalt eines ständigen politischen Ausschusses, der lediglich aus einer gewissen Anzahl von Mitgliedern der europäischen Konferenz besteht und der europäischen Union praktisch als Studienorgan und gleichzeitig als ausführendes Werkzeug dient.
III. Notwendigkeit der vorherigen Festlegung der wesentlichen Leitgedanken, welche die allgemeine Einstellung des europäischen Ausschusses bestimmen und ihn bei seinen Vorarbeiten für die Aufstellung des Programms der europäischen Organisation leiten sollen. (Dieser dritte Punkt kann der Beurteilung der nächsten europäischen Zusammenkunft vorbehalten werden.)
A. Allgemeine Unterordnung des Wirtschaftsproblems unter das politische Problem.
B. Gedanke des europäischen politischen Zusammenwirkens mit dem Endzweck: ein Bund auf der Grundlage des Gedankens der Einigung, nicht der Einheit; d.h. er muss elastisch genug sein, um die Unabhängigkeit und die nationale Souveränität jedes Staates zu wahren, aber allen den Vorteil kollektiver Solidarität bei der Regelung der politischen Fragen gewährleisten, die das Schicksal der europäischen Gemeinschaft oder das eines ihrer Mitglieder betreffen.
C. Gedanke der wirtschaftlichen Organisation Europas mit dem Endzweck: gegenseitige Annäherung der europäischen Volkswirtschaften unter der politischen Verantwortung der solidarischen Regierungen.
Kommt es doch nicht darauf an, mit einem Schlage einen Idealbau aufzurichten, der abstrakt allen logischen Bedürfnissen eines gewaltigen europäischen Bundesapparats entspräche, sondern sich vielmehr vor jeder vorgefassten Meinung zu hüten, um sich mit der tatsächlichen Verwirklichung eines ersten Anlaufs zur Fühlungnahme und zur dauernden Solidarität zwischen europäischen Regierungen zu befassen, um gemeinsam alle Probleme zu regeln, die die Organisation des europäischen Friedens und die rationale Gestaltung der Lebenskräfte Europas betreffen.“ Paris, den 1. Mai 1930.
Quelle: Der Europaplan Briands vom 1. Mai 1930. Memorandum über die Organisation einer europäischen Bundesverfassung (Amtliche Übersetzung des deutschen Auswärtigen Amtes), in: Europa-Archiv, 4 (1949) 17, S.2435-2440. Auch in Foerster 1963, S.237.

Insgesamt übte das Memorandum harte Kritik am derzeitigen Zustand. Das Fehlen eines europäischen Verbandes behindere den Friedensprozess, vor allem das Fortkommen Europas, im speziellen das der Wirtschaft:

„Diese Zersplitterung der Kräfte beschränkt in Europa… auch alle Garantien gegen die Krisen auf dem Arbeitsmarkt…"

Zwei Ziele nannte das Memorandum: Als politisches Ziel einen Bund „auf der Grundlage des Ziels der Einigung, nicht der Einheit. D.h. er muss elastisch genug sein, um die Unabhängigkeit und die nationale Souveränität jeden Staates zu wahren, aber allen den Vorteil kollektiver Solidarität… gewährleisten. [Ist dies geschehen, kann der wirtschaftliche Aspekt zum Zug kommen]".

Als wirtschaftliches Ziel sah das Memorandum die „gegenseitige Annäherung der europäischen Volkswirtschaften und der Verantwortung der solidarischen Regierungen…" vor.[64] Daraus solle eine Zollpolitik und ein gemeinsamer Markt „zur Steigerung der menschlichen Wohlfahrt auf dem Gesamtgebiet der europäischen Gemeinschaft…" entstehen.[65]

Zur Erreichung dieser Ziele sollte der vorgenannte politische Bund der europäischen Staaten durch Vertrag gegründet werden. Regelmäßige Treffen der Regierungen sollten die Zusammenarbeit in gemeinsamen Fragen fördern. Eine „Europäische Konferenz" mit Sekretariat und Ausschuss sollte als Vollzugsorgan gebildet werden, die sich von technischen Dingen bis zur wirtschaftlichen Zusammenarbeit befassen sollte.

Das Memorandum rief abschließend alle Regierungen zum gemeinsamen Handeln auf: *„Nie war die Stunde günstiger und nie war es dringender, ein Werk des Aufbaus in Europa zu schaffen. Sache der Regierungen ist es heute, ihre Verantwortung auf sich zu nehmen, wollen sie es nicht den Zufälligkeiten privater Initiative und regelloser Versuche überlassen, die materiellen und moralischen Kräfte zu gestalten, deren Beherrschung im ganzen zugunsten der europäischen Gemeinschaft und der Menschheit ihre eigene Aufgabe ist."*[66] Es musste natürlich Rücksichtnahme auf den Völkerbund nehmen. Es wolle, so hieß es, „die europäischen Interessen unter der Aufsicht und im Geiste des Völkerbundes in Einklang bringen.[67] Die Beziehungen zum Völkerbund waren nur allgemein formuliert, bei Rechtsstreitigkeiten sollte dieser zuständig sein; der europäische Verband sollte bei Streitigkeiten nur eine beratende Funktion ausüben. Die Grundprinzipien des Völkerbundes seien auch die des europäischen Verbands, die Verständigung… muss auf dem Boden unbedingter Souveränität und völliger Unabhängigkeit erfolgen. Es wäre unvorstellbar… an eine politische Bevormundung zu denken.[68]

Nach den Verträgen von Locarno (1925) und dem Briand-Kellogg-Pakt (1928) trug Briand, inzwischen auch Ministerpräsident Frankreichs, seine Vorstellung von den „Vereinigten Staaten von Europa" auch in der Öffentlichkeit vor und stieß auf breite Zustimmung. Am 5. September 1929 sprach er, wie ausgeführt, vor dem Völkerbund und erntete für seine Idee einer solidarischen Gemeinschaft der europäischen Staaten großen Beifall. Das am 17. Mai 1930 vorgelegte Memorandum konnte seine Wirkung jedoch nicht mehr entfalten. Der Ausbruch der Weltwirtschaftskrise und der Tod des Reichsaußenministers Gustav Stresemanns, der Briands Idee grundsätzlich unterstützt hatte, aber auch der Egoismus Englands, das weder einem Europabund beitreten noch von ihm ausgeschlossen werden wollte, sorgten dafür, dass Briands Memorandum, das aus Rücksicht auf nationalistische Regierungsmitglieder einen Kompromiss und nicht die erwartete „Evolution" eines einigen Europas darstellte, auf Ablehnung stieß. Verstärkt wurde diese Ablehnung durch das Wiedererstarken nationalistischer Ideen und den Ruf nach Schutzzöllen im Hinblick auf die Weltwirtschaftskrise.

Fasst man den Inhalt des Memorandums zusammen, zeigt sich, dass es sowohl Rücksicht auf den Völkerbund, wie auf die einzelnen Nationalstaaten nimmt. Man betont beide Prinzipien: Festhalten am Völkerbund, sowie Souveränität der Einzelstaaten. Gleichzeitig forderte es Solidarität der Mitgliedstaaten, weil dies von Vorteil für alle sei. Diese Struktur war in sich widersprüchlich. Die uneingeschränkte Souveränität der Einzelstaaten ließ keinen Spielraum für einen Bund zu, der zumindest minimale Zugeständnisse auf Kosten der Souveränität erfordert hätte. Es wurde nicht klar, ob das Memorandum einen Staatenbund oder einen Bundesstaat vorschlug. Viel spricht für einen Staatenbund. Diese Unklarheit forderte viele Gegenstimmen heraus, die zu dem Schluss kamen, dass es nicht möglich sei, eine Föderation zwischen den Staaten zu schaffen, ohne den Organen Zugeständnisse zu machen (eine Idee, die auch nach 1945 heftig diskutiert wurde). Dieser Zwiespalt wurde von England und Frankreich verkörpert; von England, das lediglich eine Völkerbundkommission wollte, während Frankreich eine Institution für eine europäische Einigung ins Leben rufen wollte.[69]

Auf einer Europakonferenz im September 1930 trafen die Gegensätze hart aufeinander. Das Ergebnis der Konferenz war bescheiden: Es wurde ein Komitee für die Europäische Union eingerichtet, mit Briand als Präsidenten und Sir Edward Drummont als Generalsekretär, der ein alter Gegner der Europaidee war.

Der Wahlsieg der NSDAP vom 14. Sept. 1930 und der frühe Tod Gustav Stresemanns brachten schließlich den vorzeitigen Todesstoß für die Initiative Briands. Die fünfjährige Verständigungspolitik zwischen Briand und Stresemann war gescheitert; an ein Europa mit Deutschland ohne Großbritannien dachte damals niemand. Briand sprach im September 1931 zum letzten Mal vor dem Völkerbund von Europa, vom Frieden, der herrschen sollte, und von der drohenden Kriegsgefahr. Am 7. März 1932 verstarb Briand. Großbritannien würdigte später etwas doppelzüngig den Völkerbund: Er sei zu einer „eu-

[64] Memorandum vom 1.Mai 1930, zit. nach Foerster 1963, S.242ff.
[65] Zit. nach Foerster 1963, S.242f.
[66] Zit. nach Foerster 1963, a.a.O.
[67] Zit. nach Foerster 1963, S.238.
[68] Zit. nach Foerster 1963, S.240.
[69] Coudenhove-Kalergi: Die europäische Nation, S.99ff.

ropäischen Institution“ geworden, sagte Churchill 1933 in der *Saturday Evening Post*.[70] Die ohnehin schon uneinigen Standpunkte der Regierungsvertreter führten 1930 zum Ende der deutsch-französischen Verständigungspolitik; außer dem oben genannten, vom Völkerbund gewünschten „Studienkomitee für die Europäische Union“, das schon in seiner Anlage auf die Nichtschaffung einer Europäischen Union ausgerichtet war, waren keine weiteren Ergebnisse zu verzeichnen.[71]

Dennoch gehört der Briand-Plan[72] in die Reihe neuer Ordnungsmuster, die die alten Konzepte ablöste. Es enthielt bereits starke integrative Elemente, zumindest was die Zielsetzung betrifft. Vor allem aber setzte es die politische Einigung als Priorität, die vor der wirtschaftlichen Einigung erreicht werden müsse (eine Illusion unter den damaligen Verhältnissen). Das weckte Ängste. Nicht die Idee Europa als solche, sondern eine übermächtige Union in Form eines föderalen Gebildes (Bundesstaat) fürchtete man. Die geschichtliche Entwicklung zeigt jedoch, dass eine vorgängige politische Lösung auf der europäischen Ebene nicht zu erreichen war und dass die wirtschaftliche Annäherung nach 1945 der pragmatische Weg zu einer europäischen Einigung war.[73]

Die Idee des Memorandums, die wirtschaftliche Einigung müsse der politischen Einigung folgen, erwies sich somit als Fehlschlag. Immerhin hatten auch die USA und Großbritannien die Priorität auf die Wirtschaft gesetzt. Sie empfahlen einen Zusammenschluss der großen Industriewerke, das sei die beste Formel für Europa.[74]

Weitere europäische Einigungsbestrebungen (u. a. Europa der Regionen)

a) Die politischen Diskussionen der Paneuropäischen Bewegung von Coudenhove-Kalergi wurden vor allem, wie ausgeführt, von republikanischen und linksliberalen Kräften getragen. Jedoch huldigten auch die Nationalkonservativen der Idee eines europäischen Zusammenschlusses. Sie dachten dabei an eine Wiederherstellung Europas im Sinne des „christlichen Abendlandes“.[75]

b) Ferner war die Idee eines starken Mitteleuropas schon während des Ersten Weltkrieges ein vielbeschworenes Konzept, wie man Deutschland und Deutsch-Österreich sowie die osteuropäischen Staaten zusammenführen konnte. Während Coudenhove-Kalergi auf die deutsch-französische Kooperation setzte, betrafen die Entwürfe vor allem Deutschland und Österreich, sowie die osteuropäischen Staaten; die Ideen des Panslawismus und des Eurasismus wurden diskutiert, gefördert durch die Exilwelle nach der russischen Revolution 1917. Schon 1915 hatte Friedlich Naumann eine Studie „Mitteleuropa“ vorgelegt, die auch von dem tschechoslowakischen Ministerpräsidenten Theodor Masaryk befürwortet wurde. In diesen Entwürfen spielte Russland eine ambivalente Rolle. Coudenhove-Kalergi sprach sich einerseits zugunsten von Russland aus, das in Zukunft eine verbindende Rolle zwischen Europa und Asien spielen sollte (z.B. auf dem Gebiet der Kultur). Andererseits lehnte er die Terrormaßnahmen des Regimes wie auch den Bolschewismus generell ab. „Russland gehörte nicht zu Europa“.[76]

c) Eine andere Idee war die eines Europa der Regionen, die als „Ordre nouveau“ innerhalb der neuen Rechten in Frankreich lebendig war (Denis de Rougement u.a.) und die vor allem nach 1950 in Deutschland und Frankreich diskutiert wurde. Sie hatte aber schon vor dem Krieg, d.h. in der sog. Zwischenkriegszeit, ihre Anhänger.[77] Deren Akteure wollten den Föderalismus als grundlegendes Strukturprinzip anerkannt sehen und lehnten jeden Zentralismus ab.[78] Europa sollte in Gemeinden und Regionen und in eine europäische Föderation aufgeteilt werden. Insgesamt ähnelte das Menschenbild des „Ordre nouveau“ dem einer personalistischen Sicht, die weder ins rechte noch ins linke Lager passen sollte. Ähnlichkeiten mit der katholischen Soziallehre sind erkennbar. Insgesamt waren sie eher dem rechten Spektrum zuzuordnen. In der NS-Zeit blieben sie daher unbehelligt und konnten sogar eigene Zeitschriften herausgeben, wie die *Europäische Revue* oder *Volk im Werden* u.a.[79] Aber ein präzises Europabild existierte bei diesen Gruppen so wenig wie in der offiziellen NS-Politik.

d) Dies galt auch für die europapolitischen Bewegungen der rechten Parteien in den ab 1940 besetzten Ländern. Diese hofften jetzt auf die NS-Versprechungen einer eigenständigen nationalen Einheit, in der Hoffnung, sich unter der Vorherrschaft von NS-Deutschland behaupten zu können (Einzelheiten werden im Abschnitt „Großeuropäische Pläne der NS-Propaganda“ behandelt).

Die Idee eines Europa der Regionen wurde auch nach der Gründung der EU immer wieder beschworen, vor allem in Zeiten wirtschaftlicher Krisen wie seit den Finanzkrisen von 2008: Die reichen Regionen beanspruchen sich von ihrem gegenwärtigen Staatenverband zu lösen und mehr Autonomie zu erhalten oder sogar einen eigenen Staat zu gründen – z.B. Schottland, Katalonien, Südtirol, Algarve – Pläne, die in der Zeit wirtschaftlicher Großräume und globaler Wirtschaftspolitik das Bedürfnis nach Überschaubarkeit kennzeichnen, die weit eher Identifikationsmuster für die Bürger anbieten als abstrakte Großsysteme.

---

[70] Coudenhove-Kalergi: Weltmacht Europa, S.134.
[71] Coudenhove-Kalergi: Die Europäische Nation, S.102-103.
[72] Kießling, Friedrich: Der Briand-Plan von 1929/30, in: Themenplan europäische Geschichte, 2008.
[73] Vgl. näher Gehler 2005, S.104. Die wirtschaftliche Kooperation stieß dabei durchaus auf das Wohlwollen der deutschen Wirtschaft, die jedoch bilateralen Abkommen zwischen den verschiedenen Wirtschaftsvereinen im In- und Ausland den Vorzug gab und von Zusammenschlüssen jedweder Art (wie z.B. von einem europäischen Zollverein oder solchen Allianzen, wie sie die Paneuropa-Bewegung förderte) Beeinträchtigungen befürchteten.
[74] Desgranges, S.321ff.
[75] Eine wichtige Rolle hierbei spielte die „abendländische Bewegung“, die einen christlichen Staat katholischer Prägung wiederherstellen wollte, die (im NS-Staat geduldet) bis in die 1960er Jahre in der Bundesrepublik aktiv war. Näher: Conze, Vanessa: Das Europa der Deutschen, S.27ff., 207ff.;
[76] Ruge, S.41 u.91ff.
[77] Ruge, S.74ff.
[78] Gehler 2005, S.92f.
[79] Ruge, S.98.

Ausblick

Betrachtet man die verschiedenen Ansätze zur Einigung Europas bis in die Zeit nach 1945, so fällt auf, dass immer nach kriegerischen Auseinandersetzungen neue Anläufe für einen europäischen Staatenbund unternommen wurden. Waren diese Ansätze anfänglich noch davon geprägt, eine europäische Nation mit Frankreich als dominierender Macht einzusetzen, so entwickelte sich allmählich, vor allem bei Richard Coudenhove-Kalergi, die Idee einer supranationalen „Regierung". Historische Vorbilder hatten diese Gedanken nicht. Die früheren Ideen hatten immer nur einen Staatenbund gleichberechtigter Staaten im Auge. Einige Ideen zeigen jedoch interessante Ähnlichkeiten mit früheren Projekten: So mit Sullys „Grand Dessin" (Binnenmarkt, europäischer Gerichtshof, ein Delegiertenrat von 60 Mitgliedern) zur Schaffung einer „Christlichen Republik" von fünfzehn Mitgliedern. Ähnliches gilt für die Ideen von William Penn, der die Rechtsgleichheit und den Rechtschutz, unabhängig von Größe und Macht der Mitgliedstaaten, in seinem Europaplan verwirklicht sehen wollte. Auch mit den Vorstellungen von St. Pierre gibt es Ähnlichkeiten, der einen europäischen Senat mit eigenem Personal, ja schon damals eine europäische Hauptstadt vorschlug, ferner Mitgliedsbeiträge nach den jeweiligen Einnahmen der Staaten zur Finanzierung der Gemeinschaft festsetzen wollte.

Aus all diesen Vorschlägen und Ideen, die seit dem vierzehnten Jahrhundert immer wieder aufgegriffen, modifiziert und verworfen wurden, ist ersichtlich, dass das, was in den letzten fünfzig Jahren geschehen ist, nicht nur auf die Schrecken und Lehren des Zweiten Weltkriegs zurückzuführen ist, sondern in Jahrhunderten zu dem herangereift ist, was wir heute teilweise verwirklicht sehen. Die Europäische Union und ihre Vorläufer sind nach dem Krieg zuerst mit dem Ziel aus der Taufe gehoben worden, den Wiederaufbau (West-)Europas und die Kontrolle der westdeutschen Industrie zu gewährleisten. Die Unterstützung der 1949 gegründeten NATO spielte eine wichtige Rolle. Mindestens ebenso wichtig war jedoch in der Zeit des Kalten Kriegs die Furcht vor einer Ausdehnung der UdSSR und ihres Wirtschaftssystems COMECON, denen der Westen Paroli bieten musste. Die Lehren, die unsere Vorfahren aus den kriegerischen Streitigkeiten der einzelnen europäischen Staaten gezogen haben, mussten erst durch zwei Weltkriege in den Menschen das Bewusstsein wecken, dass man (nur) gemeinsam stark sein kann. Es hat sich gezeigt, dass „Europa […] ein Staat [ist], zusammengesetzt aus mehreren Provinzen" (Montesquieu).[80] Vielleicht war dies der Grund, weshalb am 6. August 1950 rund dreihundert Europabegeisterte aus Deutschland und Frankreich die Zöllner in St. Germanshof bei Straßburg überrumpelten, die Schlagbäume abrissen[81] und die Europaflagge hissten.[82]

Exkurs: Die Paneuropa-Bewegung in der Nachkriegszeit

Eine Betrachtung der außergewöhnlichen Persönlichkeit Coudenhoves wäre nicht vollständig, ohne einen Blick auf sein Engagement nach 1945 zu werfen. Churchills Rede in Zürich 1946 nannte ausdrücklich die Paneuropaidee als Vorbild und sprach sogar von den „Vereinigten Staaten von Europa",[83] einem Staatenbund, dem England freilich nicht angehören, jedoch eng befreundet sein wollte. Ziel sei es u.a., durch ein einiges Europa das britische Weltreich vor der Sowjetunion zu schützen. Coudenhove-Kalergi musste allerdings feststellen, dass es schon viele andere Europaorganisationen gab. Diese forderten teilweise vehement die Gründung eines europäischen Bundesstaates, damit nie mehr nationalistische Bestrebungen Europas (d.h. Deutschlands) Menschen in einen Krieg stürzen könnten. Selbst vor der Forderung nach einer europäischen Revolution in diesem Sinne schreckte man nicht zurück. Aber auch Coudenhove blieb nicht untätig. 1946 gründete er das „United Europe Movement" und beanspruchte die Führung aller europäischen Organisationen unter dem Dach seiner Paneuropa-Union.[84] Doch dies scheiterte an seinem Universalführungsanspruch, den er nie ablegen konnte. Zudem existierte keine Paneuropa-Union mehr. Aber er wollte sein Ziel verwirklicht sehen, also schrieb er alle Parlamentarier an und forderte sie zum Beitritt auf. Die Antworten waren überwiegend positiv und ergaben eine Mehrheit für eine europäische Einigungsbewegung – ohne dass damals allerdings präzisiert wurde, wie eine solche Einigung zu gestalten sei: Staatenbund oder Bundesstaat? Zugleich regte er die Gründung von Parlamentarierkomitees an, aus denen sich ab Juli 1947 die Europäische Parlamentarier-Union entwickelte,[85] aus der dann später wiederum die Europa-Union

[80] So der Wunsch von Coudenhove-Kalergi: Die Europäische Nation, S.70.

[81] Allerdings war die Präfektur vorher informiert worden, die Ersatzmaterial beschafft hatte (Schmid, Carlo: Erinnerungen, Stuttgart 1978, S.364).

[82] Wasow, Carsten: Die Wiege Europas, in: Badische Neueste Nachrichten, 31.Mai 2006, S.6, Karlsruher Ausgabe (Die Europa-Flagge war damals noch ein grünes E auf weißem Grund).

[83] In dieser Rede heißt es u.a.: „Wir müssen etwas wie die Vereinigten Staaten von Europa errichten… Die Paneuropa-Union hat viel in dieser Richtung getan, und diese Bewegung verdankt ihre stärksten Impulse dem Grafen Coudenhove-Kalergi sowie dem hervorragenden französischen Staatsmann und Patrioten Aristide Briand… Wenn zu Beginn nicht alle europäischen Staaten dem Europäischen Bund angehören wollen oder können, so liegt es an uns, wenigstens diejenigen zu vereinigen, die es wollen und können. Um diese dringende Aufgabe zu bewältigen, sollen Frankreich und Deutschland sich versöhnen. Großbritannien, die britische Völkerfamilie, das mächtige Amerika und, ich hoffe es aufrichtig, die Sowjetunion – denn dann wäre alles gelöst – sollten Freunde und Beschützer des neuen Europa werden, zum Schutz seines Lebensrechtes und seines Wohlstandes. In diesem Geiste wende ich mich an euch mit den Worten: Europa erwache!" Churchill hielt später auch noch weitere Reden für den Europagedanken.

[84] Die Politik folgte diesen Ideen mit einiger Verspätung. Einen politischen Zusammenschluss forderte Churchill nicht. Dieser wurde jedoch hinsichtlich der sechs Mitglieder der EWG bereits 1960 vom neunten Paneuropa-Kongress in Nizza gefordert. Aber der von de Gaulle und Adenauer angeregte Plan scheiterte am Veto Belgiens und der Niederlande. Darauf folgte ein wahrhaft historischer Schritt: Adenauer und de Gaulle begruben mit ihrem Freundschaftspakt (deutsch-französischer Vertrag 1963) die Erbfeindschaft zwischen Frankreich und Deutschland.(Näher: Coudenhove-Kalergi, Paneuropa 1922 bis 1966, S.83ff.). In den folgenden Jahren trat die Paneuropa-Bewegung dann in den Hintergrund, da der Stein der europäischen Einigung ins Rollen gekommen war und neue Gruppierungen die Entwicklung bestimmten.

[85] Conze, Richard Coudenhove-Kalergi. Umstrittener Visionär Europas. S.166.

hervorging, die im Herbst 1947 ihren ersten Congress abhielt.[86] Diese Parlamentarier-Union hatte weitreichende Vorstellungen, die allerdings über die damaligen politischen Möglichkeiten der jeweiligen Regierungen weit hinausgingen: Sie forderte nichts Geringeres als eine europäische Bundesverfassung. Es blieb aber bei einem im Prinzip nur staatsbündischen Abkommen, wie die Römischen Verträge von 1957 und ihre folgenden Änderungen zeigen.[87] Die Entwicklung der europäischen Bewegungen bis zur Gründung macht deutlich, dass Coudenhoves Ideen Teil der europäischen Politik geworden waren. Die Entwicklung hatte seine Idee, die er vor über zwanzig Jahren in der Weimarer Zeit entwickelt hatte, nachträglich bestätigt.[88]

[86] Coudenhove-Kalergi: Die Europäische Nation, S.118-119.

[87] Vgl. Conze, Richard Coudenhove-Kalergi. Umstrittener Visionär Europas.

[88] Coudenhove 1953, S.135ff, 147f.
Coudenhove-Kalergi beschrieb die Kampagnen für Europa, den Europakongress in Den Haag im Mai 1948 mit 800 Delegierten und mehr als 200 Parlamentariern, Staatsmännern, geistigen Autoritäten. (Der Kongress forderte die Einberufung einer europäischen Versammlung, gewählt aus den nationalen Parlamenten). Die nicht staatlichen Europagruppen schlossen sich zur Europabewegung zusammen (Ehrenpräsidenten wurden Leon Blum, Churchill, Alcide de Gasperi, Paul Henri Spaak, Robert Schuman, Konrad Adenauer, Coudenhove-K.), und arbeiteten mit der europäischen Parlamentarierunion zusammen. 1948 folgte die Gründung des Europarates, 1951 die Montanunion (Kontrolle der deutschen Wirtschaft) und der EWG 1957 (S.135ff., 144ff., 147ff.). Zur französischen Politik der 1950er und 60er Jahre S.150ff. Ausführlich wird auch die Furcht vor Stalin geschildert, der Europa 1946-1953 unter ständige Zwänge setzte, wie z.B. durch die Gründung eines osteuropäischen Wirtschaftsverbandes (Comecon) (S.147f.).

Joachim Rückert

Unrecht durch Recht. Zur Rechtsgeschichte der NS-Zeit (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 96).

Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2018, 386 S., ISBN 978-3-16-155929-7

Nach dem Sammelband „Abschiede vom Unrecht. Zur Rechtsgeschichte nach 1945“ (Rezension von Andreas Raffeiner im Journal on European History of Law 2017, S. 160) hat der Frankfurter Emeritus Joachim Rückert jetzt ein komplementäres Werk vorgelegt, das Studien aus über 30 Jahren (1986–2017) zum nationalsozialistischen Recht versammelt. Die Essenz dieser Forschungen enthält der Titel, arbeitet Rückert doch die Formel vom „Unrecht durch Recht“ als das Charakteristikum des Rechts in der NS-Zeit heraus. Die es von der Politik unterscheidende Funktion des Rechts – Angelegtsein auf eine gewisse Dauer und Friedlichkeit, auf Gleichheit und Gerechtigkeit – stellt der Autor im Nachwort dem prinzipiellen Politikvorbehalt des nationalsozialistischen Rechts als dessen Leitmotiv gegenüber. Mit dem Maßstab des Abrückens von der Rechtsfunktion bietet er zugleich ein überaus fruchtbares Kriterium für die „immer neuen Debatten um Unrechtstaat und Nichtstaat“ (S. 362) an.

Die zwölf Beiträge sind in den drei Kapiteln „Strukturen“, „Wissenschaftsfelder und Rechtsbereiche“ sowie „Exempla“ gruppiert. Nach einem grundlegenden Aufsatz zum Profil der Rechtsgeschichte der NS-Zeit wird der Begriff des „Dritten Reiches“ beleuchtet, darauf folgen Untersuchungen zur Kontinuität der politischen Romantik und von Savignys Volksbegriffs im Recht; im Mittelpunkt steht hier das berühmt-berüchtigte „gesunde Volksempfinden“ (S. 52-69). Das zweite Kapitel des Bandes beginnt mit der Rechtsgeschichte und ihrem Rechtsbegriff in der Nazizeit, den Rückert in seiner Vollendung als „Lebensrecht“ ausmacht, einen lebensbezogenen Rechtsbegriff, der die „alte plausible Lebensnah-Forderung“ zugleich nutze und pervertiere (S. 116). Nach einem Aufsatz zum nationalsozialistischen Strafrecht folgt mit dem Beitrag „Perversion der Verwaltung – Verwaltung der Perversion in der NS-Zeit“ ein äußerst instruktiver, an der Universität Tartu gehaltener Vortrag aus dem Jahr 2013, der die doppelte Pervertierung der Verwaltung mit technisch-struktureller und ideologisch-inhaltlicher Sinn-Verkehrung ebenso anschaulich wie systematisch überzeugend herauspräpariert: Für ersteres stellt Rückert die Fallgruppen Handeln ohne gesetzliche Grundlage, Handeln ohne rechtliche Kompetenz, Vermischung von staatlichen Handlungsformen und Handeln unter Politikvorbehalt auf, die er jeweils mit bedrückenden Beispielen illustriert. Für die inhaltliche Pervertierung führt er neben den Charakteristika des NS-Rechts die Verwaltung durch die Gerichte als nationalsozialistisches „Social Engineering“ sowie die inhaltliche Steuerung des Verwaltungshandelns an, wiederum mit lehrreichen Beispielen unterlegt. Bedenkenswert ist Rückerts Schluss, das Recht allein könne nicht vor Totalitarismen schützen, vielmehr bedürfe es des Erhalts einer „Gesellschaft von grundsätzlich gleich freien Menschen, die dieses Recht trägt.“ (S. 234). Die weiteren Beiträge befassen sich mit der Privatrechtsgeschichte sowie der NS-Jurisprudenz und ihren methodischen Kontinuitäten; in einem neu eingefügten Abschnitt „Kontinuitäten – inhaltlich und strukturell?“ (S. 284-286) thematisiert Rückert die schwerfällige rechtswissenschaftliche Umorientierung in Deutschland nach 1945 und konstatiert eine unzureichende Aufarbeitung ihrer „wesentlichen theoretischen, genauer: strukturellen Prämissen.“ (Metaphysischer) Substantialismus im Rechtsdenken verführe zu einer doppelbödigen Normal-Rechtswelt, deren Ambivalenzen zwischen höherer Substanz und positivem Recht leicht subversiv genutzt werden könnten.

Die „Exempla“ gelten Beispielen widerständigen Verhaltens, einer „Gegenelite“ und der Zerstörung der „alten Jurisprudenz“: Ins Bewusstsein gerufen werden dem Leser der württembergischen Staatspräsidenten Eugen Bolz, am 23. Januar 1945 in Berlin-Plötzensee hingerichtet, der mit seiner Regierung die Gefahr revolutionärer Diktatur erkannt und bekämpft hatte, vor allem den friedlichen Meinungsaustrag und den Verfassungsboden verteidigte; der Kreisauer Kreis mit paternalistischen, patriarchalen, teils auch elitären und aristokratischen Vorstellungen einer „natürlichen Ordnung“; schließlich die Juristische Fakultät in Halle/Saale, deren Absenz in der Rechtspublizistik der Zeit wohl mehr Ausdruck personeller und materieller Schwächung denn bewusster Distanzierung war (das ist dann allerdings nicht wirklich eine „bemerkenswerte Situation an einer kleineren Universität“, wie der Werbetext des Verlages zum Buch angibt).

Durch die Zusammenführung einer Fülle von Problemstrukturen und -geschichten kann das Buch als ein Kompendium zur Geschichte des Rechts der NS-Zeit gesehen werden und bietet – erschlossen durch benutzerfreundliche Register und mit vorzüglichem Fußnotenapparat ausgestattet – einen reichhaltigen Fundus für nach wie vor notwendige Einzeluntersuchungen. Zwar will und kann der Band keine systematische Untersuchung oder chronologische Darstellung der NS-Rechtsentwicklung ersetzen, lässt aber durch die Vielfalt der Themen keinen wichtigen Aspekt unbeleuchtet. Die funktionalen, kaum zeitgeprägten Analysen der Formationen des nationalsozialistischen Rechts erweisen sich als belastbar und erkenntnisfördernd. Die scharfsinnigen, wenngleich bisweilen stilistisch eigenwillig präsentierten Thesen gehen mit einer hohen Abstraktion auch in Wertungsfragen einher, womit aber gerade der wohl jedem Leser erwünschte Raum für historisch-kritische Reflexion gelassen wird.

***Julian Lubini** **

* Dr. Julian Lubini, Staatsanwalt, Dresden, Deutschland.

Tommaso Beggio

Paul Koschaker (1879–1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition

Heidelberg: Universitätsverlag Winter, 2018, 332 p., ISBN 978-3-8253-6884-5

„Es ist wirklich nicht leicht, ein Deutscher zu bleiben. Aber eine schöne und erhebende Erfahrung hatte ich doch: das Verhalten der deutschen Emigration, unter ihr insbesondere meine jüdischen Kollegen, ein Verhalten, das zu erwarten, ich nicht berechtigt war, weil zwar nichts gegen sie, aber auch kaum etwas für sie getan habe."
KOSCHAKER's letter to KISCH (17th July 1948)

I. Preliminaries

1. A Brief Evaluation. As far as a *preliminary evaluation* of the reviewed book[1] is concerned, I am in a position to ascertain that it is the first[2] *eminent professional biography about* and *considerable summary of śuvre of* the Austrian legal scholar of great significance: *Paul Koschaker* (1879–1951).

2. An Interesting Addition. Not only for a soft resolving the tension based on the somehow well-founded polemic view of *Tomasz Giaro* calling *Koschaker* the "*Troubadour of the Occident*"[3] (scil. not that of 'Europe' as a whole), but 'for the records' as well, before the analysis of the reviewed work, I shall share a delicate information about an incidence of great interest.

Unsurprisingly, members of international professional community are not expected to have any direct knowledge about the significant rôle that could have played by *Koschaker*'s main work, i.e. the monograph "*Europa und das römische Recht*" (Biederstein Verlag: München u. Berlin, 1947) in the history of teaching Roman Law during the communist era in Hungary (the reviewed book is also silent in the question[4]).

Namely, both in the fifties and sixties, there was a plan urged by the then Ministry of Cultural Affairs to remove Roman Law Studies from Hungarian law schools' *curriculum* with the reasoning that it is—with the era's typical figure of speech—a 'bourgeois vestige', i.e. the law of the exploiting slaveholder social class, which is, therefore, in an antagonistic relationship with the communist (legal and social) ideology. In the beginning of the sixties, a session assembled in the building of the *Eötvös Loránd University*'s Faculty of Law (Budapest) with the participation of Hungary's then Roman Law professors and lecturers, where the Head of Department of Higher Education of the mentioned Ministry enounced the termination of Roman Law from law schools' *curriculum*. By nature, the delivered arguments of the participants were simply swept off.

According to a narration made to me in the end of the nineties by my *Doktorvater*, professor *Ferenc Benedek* (1926–2007), right before the aforesaid assembly, and behind the scenes, of course, these participating professors were planning a politically dangerous way of reasoning against that very purpose of the educational government. For it, they would have used an issue published in the mentioned book of *Koschaker*, in which he devoted a whole Chapter to the question of '*Nationalsozialismus*' and '*römisches Recht*'[5]. Here (page 311) *Koschaker* cites the Point 19 of the Party Manifesto of NSDAP[6], which says that: *„Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht."*

---

1 See the book's very recent (and, therefore, not less short) reviews, such as S. GÜNTHER, in: H-Soz-Kult, 15. 10. 2018; see also G. KÖBLER's short review at www.koeblergerhard.de, and F. BONIN's review as well, in: Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto 8 (2018).

2 *Köbler* says, for instance, that "Des fünffachen, für Rechtswissenschaft wie Philosophie ausgezeichneten Ehrendoktors von Athen, Freiburg im Breisgau, Oxford, Leipzig und Graz haben zwar bereits Gunter Wesener, Gerhard Ries, Michael P. Streck und Gero Dolezalek sowie viele andere an unterschiedlichen Stellen rühmend gedacht. Ausführlich geehrt wird Koschaker aber erst jetzt durch das vorliegende Werk…". See KÖBLER's review above in Fn. 1. However, we shall not forget T. GIARO's book "*Aktualisierung Europas. Gespräche mit Paul Koschaker*", Genova 2000, p. 213.

3 See the polemic article of T. GIARO: *Der Troubadour des Abendlandes. Paul Koschakers geistige Radiographie*, in: H. SCHRÖDER / D. SIMON (Hrsgg.), Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952, Frankfurt am Main 2001, 31–76.

4 The book mentions only a very few facts according to *Hungary* and not a single one about the communist era of the country: *a)* The Austro-Hungarian Empire's Romanists, e.g. *Wlassak*, *Mitteis*, the younger *Wenger*, and *Koschaker*, were supposed to build a scientific community with tight links since its members had a special common interest in the ancient Roman trials (see 35^{13}); *b)* mentioning *Mitteis*' pupils, and, among them, *András Bertalan Schwarz* (1886–1953; see p. 44 and 44^{71}); *c)* the refusal of permission to collaborate on the *Festschrift* in honour of *Ede* (scil. *Edouard*) *Mahler* (1857–1945), a Hungarian Jewish colleague of *Koschaker* (p. 105 and 105^{122}).

5 More recently see e.g. P. LANDAU: *Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht, Zur rechtspolitischen Zielsetzung im nationalsozialistischen Parteiprogramm*, in: M. STOLLEIS / D. SIMON (Hrsg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Beiträge zur Geschichte einer Disziplin, Tübingen 1989, 11–24.

6 See detailed in the reviewed book's p. 224–230.

Among the aforesaid Hungarian professors there was a former *Koschaker*-student, professor *Elemér Pólay* (1915–1988), who had studied in Berlin in the academic year of 1938/39, in a period, which *Koschaker* had just published his "*Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*" (Beck Verlag: München u. Berlin, 1938)[7] in.

As said, oral history preserved the narrative that these professors would have used the aforesaid citation of the Nazi Party Manifesto for a "comradely warning", as: So long as the comrades terminated Roman Law Studies from the law schools' *syllabi* with the accusation of having a negative ideological character[8], they, with respect to the Roman Law question, would share the politico–ideological platform with the Nazis.

Oppressive atmosphere of the era and that of the abovementioned assembly did not allow them to really make this statement. Finally, the fact that, since then, *ius Romanum vivit et floret*, was not based on these *argumenta audacia*, but the decided manner and the authority of professor *Miklós Világhy* (1916–1980), who attained in the Ministry that Roman Law could have been further taught as a historical *studium* loosing its seminars of *practica*[9]. We shall now turn to the book's review.

II. On the Research and the Researcher

1. The Research Project. The reviewed book is the outcome of a wider project referred to as "*Reinventing the Foundations of European Legal Culture 1934–1964*" (abbrev. as *FundLaw*) funded by the European Research Council. The project was hosted at the *University of Helsinki*, which was the Italian author's academic home from October 2013 until November 2017.

2. The Author's previous minor works. I can state that this book is not a simple composition of *Tommaso Beggio*'s previous minor works about the subject[10] but a new *chef d'śuvre*.

III. The Quantitative Issues of the Reviewed Book

Before evaluating the work itself, we shall make a brief summary about its *quantitative data* such as the book's *Structure*, *Extensional Data* and *Sources*.

1. Structure. The book is composed of *five exposing chapters* together with a first chapter of an *introduction* and a last, i.e. seventh chapter of the *conclusions* as well:

Chapter 1: An *Introduction* summarising methodological issues, research questions and a book outline, and the state of studies on *Koschaker* as well (pp. 15–32);

Chapter 2: The years (1897–1936) spent in *Graz* and then on in *Leipzig*: from the first steps of a *cuneiform jurist* to efflorescence of methodological duality of *dogmatism and comparativism* (pp. 33–72);

Chapter 3: The *Berlin* years between 1936 and 1941 with issues about *Savigny's Chair*, *co-editorship* of ZRG–RA, unpleasant times, university life, the *Seminar für Rechtsgeschichte des alten Orients*, and about students, teaching, and leaving as well (pp. 73–117);

Chapter 4: The *Tübingen* period from WWII until the *Emeritierung* (researches, teaching, pupils), and the *post-war* era's *visiting professorships* in Germany and abroad (pp. 119–172);

---

[7] For the then effervescent life of jurisprudence in the Hungarian countryside, see Z. Sztehlo's fastly elaborated review, in: Miskolci Jogászélet [=Lawyers' Life in Miskolc] 15 (1939) 263–269.

[8] It had to be obvious that the *ideological hate* against or, at least, such a *disinclination* towards Roman Law in the 20th Germany is a much deeper question enrooted in the historical processes of the 19th century than it is suggested by the mentioned simplifying comparison with Eastern-European communism. As e.g. *Gábor Hamza* states: "Die Spuren der negativen Einschätzung der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland lassen sich bereits auf das 19. Jahrhundert zurückführen." See G. Hamza: *"Antike Rechtsgeschichte" und rechtsvergleichende Forschungen auf ethnischer Basis*, in: Studia Iuridica Caroliensia 1 (2006) 93[35]. See further more recently e.g. P. Bender, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main 1979; P. Pieler, *Das römische Recht im nationalsozialistischen Staat,* in: U. Davy / et mult. al. (Hrsgg.), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, Wien 1990, 427sqq; K. Luig: *Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung*, in: J. Rückert / D. Willoweit (Hrsgg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, Tübingen 1995, 139sqq.

[9] I am thankful for professors *Attila Harmathy*, *Gábor Hamza* and *András Földi* for implementing my knowledge about these facts, even if they could neither confirm nor deny that very information which I got some twenty years ago from my beloved *Doktorvater*, professor *Ferenc Benedek*, about their 'hidden', unrealised 'action-plan' mentioned above.

[10] As publications within the mentioned project (*FundLaw*) most recently see *The Arduous Path to Recover a Common European Legal Culture: Paul Koschaker, 1937–1951*, in: K. Tuori / H. Björklund (eds.), Roman Law and the Idea of Europe, London et al. 2018 (*sine pagina*); *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument*, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung (ZRG RA) 135 (2018) 645–680; *La 'Interpolationenforschung' agli occhi di Paul Koschaker. La critica a Gradenwitz e alla cosiddetta neuhumanistische Richtung e lo sguardo rivolto all'esempio di Salvatore Riccobono*, in: M. Avenarius/Ch. Baldus/F. Lamberti/M. Varvaro (Hrsgg.), Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik – Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica, Tübingen 2018, 121–155; *Considerazioni in merito al seminario „Methoden der Romanistik: Woher? Wohin? 70 Jahre Paul Koschakers Europa und das römische Recht", Institut für Geschichtliche Rechtswissenschaft, Heidelberg, 20-21 ottobre 2017*, in: Interpretatio Prudentium (Direito romano e tradição romanista em revista) 2/2 (2017) 281–286; *Paul Koschaker and the path to "Europa und das römische Recht" (1936-1947)*, in: European Legal Roots 6 (2017) 291–326; see also Beggio's lectur in the Paris SIHDA-Congress "*Ius et periculum*" 70 (2016): *Paul Koschaker e la « Historisierung » del Diritto romano: i presupposti storico-scientifici della critica alla « antike Rechtsgeschichte ».*

Chapter 5: "Roman law at the time of the *crisis*: from *Die Krise* to *Europa und das römische Recht*" deals with defining the crisis' nature, *Koschaker*'s criticism of *Historisierung* Roman Law, and the reactions to and remarks on the two *opera magna* (pp. 173–245);

Chapter 6: *Koschaker*'s legacy, i.e. the '*European message*', the 'European' narrative and methodology, and an *unpublished textbook* of Roman Law (pp. 247–266);

Chapter 7: *Conclusions* (pp. 267–276) together with many appendices such as the *List of Archival Sources* (pp. 277–283); the *Bibliography* (pp. 285–321), and the *Tables of Names* (pp. 323–327), *Places* (pp. 329sq) and *Pictures* (pp. 331sq) as well.

2. Extensional Data and Sources. The extent of the book's major parts is circa 800.000 characters (with the footnotes and the spaces) from the Introduction to the Conclusions. The total number of footnotes is 946 and that of the pictures is 9.

The *Bibliography* is composed of some 550 pieces of autonomous works and reviews published in 9 different languages (German, English, Italian, French, Spanish, Dutch, Polish, Croatian, and Slovenian).

The Author deeply investigated Archival Sources[11], the total number of which is 116. The enumeration below names the institutes, after which the rounded brackets contain the number of used sources (letters, manuscripts, reports, authorities' deeds, documents): *Aberdeen, University Library* (1); *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphane*, i.e. the Law School's Library (1); *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften* (6); *Universitätsarchiv, Uni-Bonn* (1); *Columbia University Archives, Arthur Schiller Papers* (1); *Graz-Universitätsarchiv* (3); *Universitätsarchiv, Heidelberg* (3); *Universitätsarchiv, Humboldt-Universität zu Berlin* (23); *Bibliothek, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (1); *Universitätsarchiv München* (1); *Landesarchiv Nordrhein-Westfalen Duisburg* (1); *Riccobono's correspondence, held in Palermo under the care of prof. Mario Varvaro* (5); *Universitätsarchiv Tübingen* (69).

IV. Evaluation

1. Formal. This review is not for showing the ubiquitous misspell problems of every author who has ever published a book, because of the fact that the true reasons of such mistakes are hard to detect. (These lie mainly in simple mistyping or editing problems which usually do not belong to the Author's competence.) I can state that there are, in general, not too many issues of such kind in the book.

However, I could also detect, on the one hand, that there are some areas[12] in the book which are more problematical than in average. On the other hand, I see that some attempts of Anglicisation of merely German legal expressions—sometimes 'by hook or by crook'—were somewhat misguided (see e.g. "*Pandectscience*"[13]).

2. Theses. For gaining a clear *compendium* of the reviewed book, I shall sum it up into three categories such as: (1) its *main goals*, (2) its *methodological tools* and eventually (3) the *outcomes* reached by the work.

ad (1) The Author summarises the *main goals* of his work as follows: *a)* To avoid "the pitfalls of making an ideological reconstruction" (p. 276).

b) Analyzing the *biographical aspects* of *Koschaker*'s life *together with* his *academic experience* and his *scientific work*, in order to provide a truly comprehensive and unbiased overview of this outstanding scholar.

c) Investigating the most important events in *Koschaker*'s life for *creating a framework* within which to gain a much *better understanding* of his *scientific and methodological postulates*.

d) Unearthing, by the content of archival sources, especially by the letters, significant and *previously inedited passages* of *Koschaker*'s personal and scientific biography for elucidating the important and complex events during his *Berlin* and *Tübingen years*.

a*d (2)* For these aims, the Author decided to use the following *methodological tools*:

a) Researching the context, in which *Koschaker* lived, particularly the impact of the Nazi regime on him, where "the risk of mixing scientific judgments with ideological preconceptions is particularly high" (p. 276), was essential to understanding the multifarious aspects of his ideas.

b) If there was any, mapping *Koschaker*'s *adaptation strategies* for a better comprehension about the fact that while he *was neither a member nor a supporter* of the regime, *yet he was not forced to leave* either his university position or the country.

---

[11] It is worth mentioning that *Beggio* found the manuscript of "*Grundzüge des römischen Privatrechts als Einführung in das moderne Privatrecht*" in the Law Faculty's Library in *Ankara*.

[12] See e.g. in the few pages of the Conclusions: "*continuos*" → "*continuous*" (p. 268); "feasbile" → "feasible" (p 270); "*inclinantion*" → "*inclination*" and "*sudy*" → "*study*" (both see p. 273); "*surounding*" → "*surrounding*" (p. 276); or the Bibliography: "*Guario*" → "*Guarino*", three times "*Gabor*" → "*Gábor*" (p. 295); "*Bespr. Zu*" → "*Bespr. zu*" (p. 306) etc. See also "*erspectives*" → "*perspectives*" (p. 45); "*seemes*" → "*seems*" (p. 51); "*enviroment*" → "*environment*" (p. 56); "*depite*" → "*despite*" (p. 96); "*poltical*" → "*political*" (p. 144); "*simultaneoulsy*" → "*simultaneously*" (p. 261).

[13] Scil. "*Pandektenwissenschaft*" or "*Pandektistik*" shall not be translated, but if so, the resulted "*Pandectscience*" (on the pages 45, 218, 262) is really erroneous since this field of Jurisprudence is not a *per definitionem* "*science*" which means *per se* rather "*Naturwissenschaft*". I know that many publications accept this term either as "*Pandect Science / science*" or "*Pandect-science*" but it shall not be followed. If I had to, I could assume "*Pandectistics*" as parallel to "*Germanistics*" and "*Romanistics*" with respect also to the fact that the notion of "*Pandectist*" is quite common and nonetheless freely used in this very book, too (just like "Romanist" and "Orientalist").

ad (3) While targeting the investigation's main destinations by using the above condensed methodological tools, the research resulted in the following *outcomes*:

a) The fact, that *Koschaker* and his *śuvre* has always played an important rôle, is affirmed by the continuous debate over his life and publications. The post-war tones used to describe him and his work were warm and positive: He somehow symbolised, according to a meaningful part of scholars' public opinion, the fierce opposition to the Nazi regime who was a heroic, committed anti-Nazi; many of his works, particularly '*Die Krise*', have been interpreted in the same light. Indeed, many of his contributions have emphasised the importance of Roman law for offering a significant 'European' message.

However, this dominant position about an idealised *Koschaker* did not allow space for any reasonable doubt to emerge. Reconsidering his behaviour from a new perspective and within the specific context of his time established a new trend, some aspects of which, on the opposite side, were too extreme and subjective. Criticism of *Koschaker* has mainly focused on four aspects: *Koschaker*'s behaviour under the Nazi regime and the consideration that he was more or less an involuntary Nazi supporter; his scientific stances at the time of the regime; his methodological approach to Roman law in more general terms; and his idea of Europe and the Roman law tradition.

b) The documents and materials analysed in the book show that not only the idealisation of the personality and his work but also its sometimes bitingly critical contraposition were somewhat subjective and exaggerated: Neither the regime's hostility towards him nor his proximity to the regime is proven by the documents. The Author shows that neither the idea of a heroic behaviour, nor that of being a Nazi-supporter could do justice to the personality of *Koschaker* since both these judgments offer a naďve depiction of the historical context which was almost incomprehensibly complex.

Archival documents showed that *Koschaker*'s *Berlin* and *Tübingen* years demonstrate that he was not ousted from his Chair, and he did not suffer any consequence for his choice to defend Roman law, which irritated the regime: *Koschaker* was no hero, just as many others, and we can only talk about "difficult choices, compromises, ambiguities, doubts and ordeals" (p. 269). Not to intentionally jeopardising one's career or life means no sin. Therefore, on the one hand, the fact that he did not refuse to be a member of *Akademie für Deutsches Recht* cannot be interpreted as if he would be a collaborator, and, on the other hand, that he had many Jewish friends, with whom he remained in touch also after their forced fleeing from Germany, also does not prove him to be a hero.

"*Koschaker* never openly opposed the regime, and the regime had little interest in persecuting a venerated professor"—correctly states *Beggio*, and adds that—he "adapted to the situation existing in Germany from the thirties onwards". The Author follows as: "What could be today judged as opportunistic behaviour was perhaps the only conceivable solution in the eyes of a person in Germany at that time who did not want to renounce to his work or run more serious risks" (see p. 270). With respect to scholarly objectivism and from the view of a "moral subjectivism", I opine that no opposition may or can be emerged indeed! (And I cannot omit to mention that this ought to be an important statement also for the *communist* era of Eastern Europe…)

c) With respect to his works, *Koschaker* was coherent in his scientific beliefs, in particular, his method has always distinguished itself for its dogmatic-systematic approach and for the attempt to find connections between ancient laws—and, above all, Roman law—and contemporary law. The balance between the so-called *Aktualisierung* and *Historisierung* of Roman law could easily fall over to the preference of the previous by him.

Tommaso Beggio clearly states that *Koschaker*'s arguments and proposals were affected by the crisis of Roman law but not by his personal experiences as a university professor. *Koschaker*'s point of view on the question of *Historisierung römisches Rechts* that had been influenced by the 19th century German tradition was shared by many other scholars. Therefore, it cannot be asserted that he suggested a methodological proposal for supporting the regime, even if the method could really be adapted to its needs, since he further maintained it in the post-war period, too.

Koschaker's approach to the Roman law studies was considered too much dogmatic. According to these opinions, this dogmatism sometimes reduced the importance of *Historisierung* to its connections with modern current laws, and narrowed the field of study to those themes which factually have influenced modern private law systems. The Author raised the objection that *Koschaker*'s efforts towards the *Aktualisierung* did not hinder him to display a refined exegetical treatment of Roman law sources, which was inevitable for the historical perspective, too.

d) The final considerations of the book concern *Koschaker*'s idea of Europe and European legal tradition and his somewhat idealised picture of the European reception of Roman law ("Myth of Continuity") as well. Scholars often stress the "*Germanocentric*" approach, which failed to take account of the legal history of Eastern Europe, and that he overemphasised Roman law's "civilising" effect in Western Europe.

The Author, while accepting the critical voices' truth, correctly suggests that *Koschaker*'s stances have to be considered within their context here, too. So far as his ideal of legal and cultural continuity is concerned, it has to be stressed that his conception was determined by his systematic aims in the light of the reconstruction of European private law system and jurisprudence: This dogmatic legal continuity was a necessary scientific premise. *Beggio* holds appropriate to consider the *programmatic* value of "*Europa und das römische Recht*": as such, says *Beggio*, "they are not considered definitive statements on European legal tradition, rather they can be interpreted as catalysts for reflection and promote further considerations on this subject" (p. 275).

2. Review. *a)* I see that the virtues of the *opus* lie in the following facts. In the wide genre of biographies, the book is unique in that it widely collects and criticises the delicate and sometimes severe issues of the topic, and it does not renounce to form an own standpoint even in the most debatable and hardest problems of the current issue.

What can be scholarly hard in a biography? To find the truly narrow path between the Subjective and Objective, since, in the genre of biography, a certain kind of sense of 'healthy' subjectivism is indispensable for reaching the goal of being objective… Myth and Reality can easily be mixed up with each other in this genre.

b) I believe that *Tommaso Beggio* indeed had that kind of sensibility and sensitivity, which is elucidated by the fact, that the Author wisely and prudentially depicts *Koschaker*'s personality by facts unearthed from objective sources such as archival items. As we all know, so-called 'historical ages'—such as WWI and the Monarchy's collapse, the new regime, the total *Machtergreifung*, the *Anschluß* and WWII and the Nazi's regime, and also the post-war period—always are cumbersome and stressful, and inexorably separate 'the wheat from the weed' (cf. *Matthew 13,24*). In fact, these periods added up a major part of *Koschaker*'s 'never easy' life, i.e. from his middle thirties (1914) until his death…

The narrations made by the Author through the diligent use of mentioned numerous objective sources are truly able to show *Koschaker*'s personality. Therefore, the reviewed work is not only—as said—an eminent professional biography and a considerable summary of *śuvre* but also an *exciting novel-like writing* about a personality of great importance.

However, I would happily see a little bit deeper narrative about *Paul Koschaker*'s family background[14], and their everyday life, which could also be, I suppose, very telling, especially in his case, where personal efforts, endeavours, and pursuits were dedicated to the 'European Ideal' by using the scientific objectiveness of (comparative) legal history.

c) The other virtue of the work is that it not only summarises and epitomises the wide quantity of information about the examined topic but it does not neglect to investigate them meticulously. However, I shall remark that I could find a few sources[15] that might have escaped the Author's otherwise sedulous and diligent attention or these might also have been consciously skipped.

d) I see, however, that the connection between *Koschaker*'s attitude towards the method of *Historisierung* in Roman law studies and his simultaneous interest and efforts in inquiring cuneiform laws (*Keilschriftrechte*) and *papyri* ought to have been a little bit deeper analysed, and the visibility of this broader analysis' outcomes should have been more clearly raised. In my view, its reason lies in the fact that there is a self-evident connection between historiography and investigating such sources of law.

Even if *Koschaker* was inculpated for narrowing the field of study to those themes which factually have influenced modern private law systems, this accusation simply fails since the research field's choice belongs to the scholar's freedom but it is the method which has to pass the test of objective scientific criteria, and these were fully respected. In whatever and however chosen field of private law, investigating more ancient laws than the Roman, and inquiring contemporaneous ancient *inscriptions* (*epigraphic* approach), and nonetheless analysing the *papyri* as the sources of ancient everyday life and practice, is *per se* a method of *Historisierung* with respect directly or indirectly to Roman law, too. In the case e.g. of Roman Egypt[16], this connection is obviously direct, in that of Babylonian-Assyrian law[17], it is by nature indirect. *Koschaker*'s *śuvre*, as in minor works as well, did not devoid of examining the inside processes of the history of Roman law itself[18]. I shall *statim* admit that the Author meticulously examined the meaning of cuneiform law studies in *Koschaker*'s life and also its political connections with respect e.g. to the Nazi regime's attitude towards the laws of the Near-East[19]. Merely, I would like to express that these very facts ought to have been a bit more openly stressed in the major chapters of the work as well as in the conclusions.

e) As a conclusion, on behalf of the reviewer, I express my hope that the worthwhile and meritorious book of *Tommaso Beggio* will get the deserved attention of the widest professional audience of Romanists and (Legal) Historians as well.

***József Benke* ***

---

[14] An interesting and colourful little addition: *Middle-nineteenth-century folkway* of *Carinthia* was among the many others to establish *small male choirs* which sang then *folk-songs*. This phenomenon was indeed ubiquitous and quotidian. Among these *very numerous* male choirs, the "*most outstanding and remarkable*" one was that choir which was established in the 1860 s in Carinthia by *Wölwich*. The other three members of this very choir were *Koschaker*, *Höferer*, and *Hauser*… See T. Koschat: *A zene Karinthiában* [=*The Music in Carinthia*] (transl. by L. Katona), in: Az Osztrák-Magyar Monarchia Írásban és Képben [=Austro-Hungarian Monarchy in Script and Pictures], Budapest 1891, 176sq.

[15] Koschaker's *Promotion sub auspiciis imperatoris* by Franz Joseph I in 25 June 1903, see M. Rath: *Die Promotionen und Disputationen sub auspiciis imperatoris an der Universität Wien*, in: Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs, Bd. 6, Vienna 1953, 143; an obituary by F. Ebrard, in: Juristische Rundschau 13 (1951) 390; L. Wenger's review about *Koschaker*'s published *Habilitationsschrift "Translatio iudicii. Eine Studie zum römischen Zivilprozess"*, in: ZRG RA 26 (1905) 524–529; M. San Nicolò's reviews on "*Neue keilschriftliche Rechtsurkunden aus der El-Amarna-Zeit*", in: ZRG RA 49 (1929) 531–540 and on "*Über einige griechische Rechtsurkunden aus den östlichen Randgebieten des Hellenismus*", in: ZRG RA 52 (1932) 460–466; J. Renger: *Persönliche Erinnerungen an Herbert Petschow und Auszüge aus einem unveröffentlichten Manuskript von Benno Landsberger mit Erinnerungen an seine Zusammenarbeit mit Paul Koschaker und Martin David und Gedanken zur altorientalischen Rechtsgeschichte*, in: Zeitschrift für Altorientalische und Biblische Rechtsgeschichte (ZABR) 18 (2012) 13–22.

[16] See P. Koschaker: *Der Archidikastes. Beiträge zur Geschichte des Urkunden- und Archivwesens im römischen Ägypten*, in: ZRG RA 28 (1907) 254–305 and its second part under the same title in: ZRG RA 29 (1908) 1–47. See also the pages 37sqq of the reviewed book.

[17] See the main work as P. Koschaker: *Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht. Ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung*, Leipzig-Berlin 1911. See especially p. 52sq of the reviewed book, too.

[18] Such as e.g. P. Koschaker: *D. 39,6,42 pr., ein Beispiel für vorjustinianische Interpolation*, in: ZRG RA 37 (1916) 325sqq. See also p. 64 and 208 of Beggio's book.

[19] See e.g. p. 98–100 of the reviewed book.

* József Benke, PhD, associate professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Pécs, assistant judge (Regional Court of Appeal of Pécs), Hungary.

Universitätsprofessor Dr. Elmar Wadle 80 Jahre

Am 24. August kann der emeritierte Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Universität des Saarlandes und ehemalige Vizepräsident des saarländischen Verfassungsgerichtshofes Dr. Elmar Wadle seinen 80. Geburtstag begehen. In Pirmasens geboren, studierte der Jubilar an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Dissertation über „Reichsgut und Königsherrschaft unter Lothar III." 1969 folgten 1974 ebenfalls in Heidelberg die Habilitationsschrift über „Fabrikzeichenschutz und Markenrecht Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert" und die Ernennung zum Privatdozenten. Nach seiner Professur an der Universität Bielefeld (1975-1978) folgte er 1978 dem Ruf an die Universität des Saarlandes, der er trotz eines ehrenvollen Rufes nach Bochum die Treue hielt und über seine Emeritierung 2006 hinaus auf dem Saarbrükker Campus lehrte und forschte. 1987/88 stand er als Dekan an der Spitze der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät und leitete viele Jahre die von ihm begründete Forschungsstelle „Geschichte des Geistiges Eigentums" an der Universität des Saarlandes.

Prof. Wadles wissenschaftliches Oeuvre umfasst rund 150 Publikationen zu den weiten Forschungsfeldern mittelalterliche Rechtsgeschichte, Geschichte des geistigen Eigentums, Rechtsvergleichung sowie Einfluss des französischen Rechts in Deutschland. Unter anderem agierte er auch von 1992 bis 2007 als Mitherausgeber der Germanistischen Abteilung der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, in deren nächsten Ausgabe der von ihm und seinem in Luxemburg lehrenden Schüler Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen verfasste Beitrag „Gottes- und Landfrieden als Wegbereiter des Strafrechts" als Abschlussthesen eines DFG-Forschungsprojekts erscheinen werden.

Außerdem engagierte sich der Jubilar im Kuratorium der Siebenpfeiffer-Stiftung und wirkte seit 1993 als Richter und von 1997 bis 2008 als Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofes des Saarlandes.

Wolfgang Müller*

* Dr. Wolfgang Müller, Archiv der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Deutschland.

1918: Untergang der Monarchie und Entstehung der Republik – eine Buchanzeige

Im laufenden, sogenannten Gedenkjahr 2018, bilden vor allem die Jahre 1848 – 1918 – 1938 Schlüsseljahre der österreichischen Geschichte. Die beiden ersten Schlüsseljahre stehen in politischem Konnex zueinander: Die Proklamation von Deutschösterreich als Republik und ihre Erklärung als Bestandteil der Deutschen Republik, wie das Deutsche Reich nach dem Zusammenbruch des Kaisertums zunächst bezeichnet wurde, war von den Zeitgenossen als die Vollendung der gescheiterten demokratisch-nationalen Revolution von 1848 empfunden worden: einer Volksbewegung, deren Ziel die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der Völker gewesen ist, worauf sich Deutschösterreich bei seinem Ins-Leben-treten 1918 berufen hatte.

Die Selbstbestimmung war 1918 aber nur für die slawischen und romanischen Völker der österreichischen Monarchie Wirklichkeit geworden, nicht aber auch für die Deutschen Österreichs; Deutschösterreich als ihre Republik musste 1919 zwei Fünftel des von ihm beanspruchten

Staatsgebietes mit dreieinhalb Millionen Deutschen anderen Nachfolgestaaten abtreten. Es wurde gezwungen, auf die Verwirklichung eines Zusammenschlusses mit dem Deutschen Reich verzichten, ja es durfte nicht einmal den selbstgewählten Namen Deutschösterreich führen.

Zwei Jahrzehnte später war das zur Republik Österreich geschrumpfte Deutschösterreich dann zwar doch ein Land des Deutschen Reiches geworden, freilich unter völlig anderen Bedingungen als geplant und auch verbunden mit apokalyptischen Folgen, die man sich damals nicht auszumalen vermochte.

Die Bevölkerung hatte damals auch andere Sorgen, ihre Lebensbedingungen hatten sich im Verlauf des Weltkrieges unaufhaltsam verschlechtert: Es herrschte Mangel an allem was das tägliche Leben erfordert, vor allem fehlte es an Lebensmitteln, die Wiener durchlebten eine Hungerwelle wie seit Menschengedenken nicht mehr; hinzu kam eine Kältewelle mit Tiefsttemperaturen bis zu minus 30 Grad; unerträgliche hygienische Zustände führten zu Massenerkrankungen, der Tod in Gestalt von Tuberkulose und Spanischer Grippe hielt reichliche Ernte.

Die Verelendung der unteren städtischen Schichten in Wien war unübersehbar, am schlimmsten betroffen Kinder und Jugendliche, von den viele der Verwahrlosung preisgegeben waren. Wien, 1914 noch die glanzvolle Kaiserstadt, war heruntergekommen und verwahrlost, bevölkert von einem Heer von Verelenden, das nun durch die von der Ostfront zurückkehrenden Soldaten verstärkt wurde.

Anfang Jänner 1918 war – aus der Sicht des damaligen politischen Beraters im Armeeoberkommando, Edmund Glaise-Horstenau, das Schicksal Alt-Österreichs bereits besiegelt: Gewalttätigkeiten, Streiks und Massendemonstrationen prägten den Alltag im Jänner 1918. Es fehlte an Ordnungskräften, um dem Sicherheitsproblem Herr zu werden. Dass es nicht zu einer Eskalation mit Folgen wie in Russland nur wenige Wochen davor gekommen war, ist vor allem den Sozialdemokraten zu verdanken, denen es gelang, auf die von den bolschewistischen Erfolgen beflügelten Arbeitermassen beschwichtigend einzuwirken und einen drohenden Umsturz abzuwenden.

Nach Außen hatten sich die Bedingungen für die Habsburgermonarchie nach dem Zusammenbruch des Zarenreiches im Verlauf des Frühjahres 1918 etwas verbessert: An der Ostfront herrscht Waffenruhe – von Murmansk am Weißen Meer bis Rostow am Schwarzen Meer war Frieden: Österreich und die Mittelmächte konnten sich nun auf die anderen Fronten im Westen bzw. in Italien und am Balkan konzentrieren. Es stieg die Hoffnung auf einen Siegfrieden in Europa, bevor sich der Kriegseintritt der USA auf der Seite der Entente auswirken konnte.

Mit der Kriegserklärung der USA an die Habsburgermonarchie begann sich aber in ihrem eine andere Front aufzubauen: Nämlich durch Autonomiebestrebungen der slawischen Nationalitäten, vor allem von Seiten der Tschechen, die am Dreikönigstag 1918 in einer Erklärung unverhohlen von der Zielsetzung staatlicher Unabhängigkeit sprachen, ähnliche Forderungen stellten unmittelbar darauf auch die Südslawen, während die Polen stillhielten, weil sie von Mittelmächten bereits die Zusage zur Schaffung eines (von Russland) unabhängigen neuen polnisches Staates hatten; sie waren allerdings beunruhigt über die habsburgische Unterstützung der Ruthenen für einen Anschluss an die von Russland unabhängig gewordene Ukraine.

Diese Tendenzen zur Verwirklichung der Autonomie für die habsburgischen Nationalitäten schienen mit den Kriegszielen der USA, formuliert im 14-Punkte-Programm ihres Präsidenten Wilson in Einklang zu stehen, sodass sich der österreichische Kaiser für die Idee eines einseitigen Friedensangebots an die Alliierten gewinnen ließ – vermittelt über einen Bruder seiner Frau, Sixtus Bourbon-Parma, der als Offizier im belgischen Heer diente.

Nach Auffliegen dieser sog. Sixtus-Affäre blieb die Habsburgermonarchie an das Bündnis mit dem Deutschen Reich gebunden, die mit Hoffnung an einen Siegfrieden im März begonnene Offensive an der Westfront war aber im Juli gescheitert, die Offensive an der Front in Italien im August, und im September war schließlich auch die Balkanfront zusammengebrochen: Anfang Oktober 1918 ersuchten die Mittelmächte um Waffenstillstand.

Die Vorahnung vom Jänner 1918 war nur wenige Monate später Wirklichkeit geworden: Die militärische Niederlage der Habsburgermonarchie wurde zur Katastrophe, zur Zertrümmerung Österreich-Ungarns wie die Auflösung der Gesamtmonarchie – etwa von Glaise-Horstenau empfunden worden war; sie zog sich von Ende September bis Anfang Oktober 1918 hin. Die Monarchie wurde zur Konkursmasse, an welche die „österreichischen“ Nationalitäten ihre Forderungen stellten, seit Anfang Oktober vertreten durch nationale Komitees in Prag, Agram und Warschau, welche zusammengesetzt waren aus den jeweiligen parlamentarischen Mandataren. Die slawischen Nationalitäten zielten aber nicht auf die Verwirklichung von Autonomie innerhalb der Habsburgermonarchie ab, sondern auf die Schaffung von eigenen Staaten. Die vom Kaiser Mitte Oktober in Aussicht gestellte Schaffung eines Nationalitätenbundesstaates war von vorne herein politische Utopie.

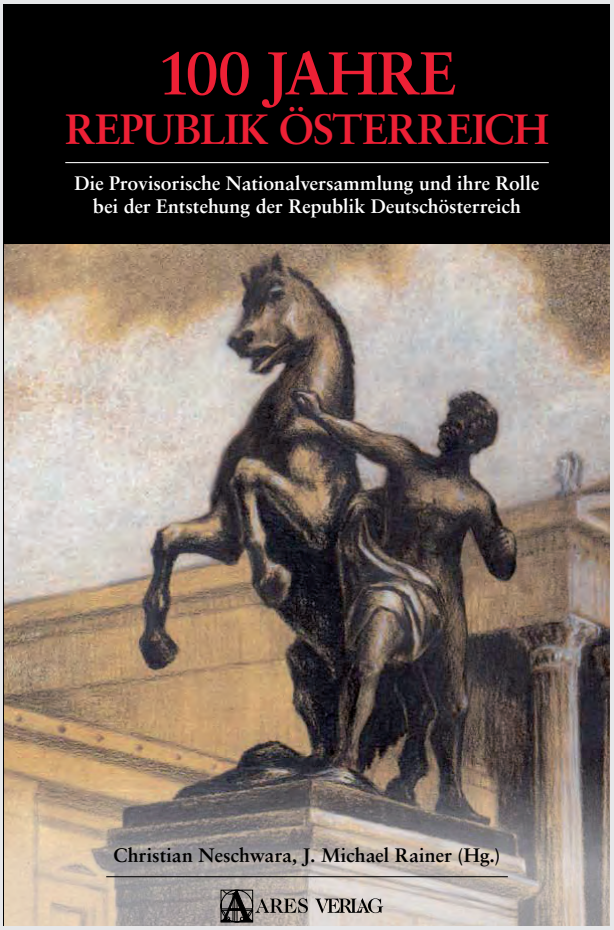
Nun erst wurden auch die deutschen Abgeordneten der österreichischen Monarchie aktiv und bildeten am 21. Oktober 1918 eine provisorische Nationalversammlung – bewusst konstituierten sich ihre Mitglieder nicht im Parlamentsgebäude am Ring, sondern im niederösterreichischen Landhaus in der Herrengasse, von wo aus im März 1848 die Revolution ihren Ausgang genommen hat: Die damals gescheiterte nationaldemokratische Revolution sollte nun durch die Nationalversammlung für die Deutschen Österreichs ihre Vollendung finden. Die Nationalversammlung verstand sich selbst als das Parlament der Deutschen Österreichs, und von diesem Volk beauftragt, auf dem Boden der österreichischen Monarchie eine demokratische Republik zu errichten, und so wurde von ihnen am 30. Oktober 1918 Deutschösterreich ins Leben gerufen.

Der Zerfall der österreichischen Monarchie wurde von allen Völkern, die durch die Habsburger als gemeinsame Dynastie aneinander gebunden waren, als Erleichterung empfunden: Die slawischen und romanischen Völker haben ihrer Begeisterung über die Befreiung aus dem vermeintlichen habsburgischen Völkerkerker, zum Teil wie im Rausch, freien Lauf gelassen; die Deutschen blieben eher zurückhaltend, waren aber auch überaus erleichtert, dass sie nun nicht mehr von einer Mehrheit slawisch-romanischer Völker politisch gegängelt werden konnten.

Die Staatsgründung Deutschösterreichs sollte – nach den Plänen des Präsidenten der Nationalversammlung, es war der Burschenschafter Franz Dinghofer (Ostmark Graz), nach der Verzichtserklärung des Kaisers und der Selbstauflösung des Reichsrates am 12. November 1918, auch in einer Verfassungsfeier mit zehntausenden Teilnehmern gewürdigt werden: Mit der feierlichen Deklaration Deutschösterreichs als Republik und der Erklärung ihres Eintritts in das Deutsche Reich. Was aber als Verfassungsfest geplant war, endete in einer Massenpanik – ausgelöst durch den terroristischen Einsatz von Schusswaffen seitens einer kleinen Gruppe von kommunistischen Rotgardisten: Zahlreiche Verletzte, zum Teil schwer Verwundete und auch zwei Todesopfer waren zu beklagen.

Der Provisorischen Nationalversammlung ist es zu verdanken, dass die Umsturzversuche der Linksextremen damals abgewehrt werden konnten; ihre Mitglieder verdienen im laufenden Jahr Gedenkjahr aber nicht nur deswegen eine besondere Würdigung: Das bleibende Verdienst dieses provisorischen Parlaments ist es, nicht nur den gegenwärtigen österreichischen Staat nur ins Leben gerufen zu haben, sondern ihn auch mit verfassungsrechtlichen Grundlagen ausgestattet zu haben, an welche das Bundes-Verfassungsgesetz von 1920 als Grundgesetz der Republik Österreich anknüpfen konnte – und zwar bis zum heutigen Tag.

Christian Neschwara / J. Michael Rainer (Hrsg.), **100 Jahre Republik Österreich – Die Provisorische Nationalversammlung und ihre Rolle bei der Entstehung der Republik Deutschösterreich**, Ares-Verlag 2018, 240 Seiten Text und LXIV Seiten Bildteil.



„Das Unterschiedliche und das Verbindende". Konferenz der Dezső-Márkus-Forschungsgruppe für Vergleichende Rechtsgeschichte in Pécs (22.-23. März 2018)

Eszter Cs. Herger *

1. Wissenschaftliche Kooperation in Mitteleuropa

„Im historischen Europa (…) gab es keine geistigen Mauern zwischen Ländern und Völkern. Es gab einflussreichere und weniger prägende Staaten; es besteht doch eine Verbindung immer aus zumindest zwei Seiten, aus Wirkung und Gegenwirkung. Die gemeinsamen Wurzeln zu erforschen, indem das Unterschiedliche und das Verbindende dargestellt werden, (…) ist eine der wichtigen Aufgaben von Rechtshistorikern." – steht im Bericht über die Gründung der Dezső-Márkus-Forschungsgruppe für Vergleichende Rechtsgeschichte an der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Pécs.[1] Diese Gedanken spiegelten sich auch in der Thematik der Konferenz der Forschungsgruppe, gefördert von der Arbeitskommission für Rechtsdogmatik der Pécser Akademischen Kommission, mit dem Unterschied, dass der verbindende Faktor diesmal nicht fraglich war: Die Vortraggeber kamen zum Teil aus europäischen Staaten, die (mindestens teilweise) zum Herrschaftsgebiet der österreichischen Habsburger gehörten oder aus außereuropäischen Staaten, wo zur Zeit der bürgerlichen Modernisierung ein beträchtlicher Einfluss der europäischen Rechtskultur erkennbar war.

Eine wissenschaftliche Kooperation braucht – neben guten organisatorischen Grundlagen und Rahmenbedingungen als Voraussetzung, um erfolgreich zu sein – vor allem Personen, die gewillt sind, gemeinsam zu forschen. Einen wesentlichen Faktor stellen persönliche, langjährige Kontakte, Partnerschaften und nicht zuletzt auch Freundschaften dar. Der Kreis der wissenschaftlichen Kooperationspartner-(Institutionen) der Dezső-Márkus – Forschungsgruppe basiert auf bereits etablierten wissenschaftlichen Kooperationen. Einerseits gab es im letzten Jahrzehnt regelmäßige Partnerschaftstreffen und gemeinsame Publikationen der Rechtshistoriker von Pécs und Kraków in *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa* in Kraków oder in *Jura* in Pécs beziehungsweise in Konferenzbänden; jüngst war Prof. Dr. Andrzej Dziadzio Organisator und Gastgeber der Konferenz *„Religion in the Public Space of the Legal State of the 19th through 20th Centuries"* unterstützt von seinen Kollegen an der Fakultät für Rechtswissenschaften und Verwaltung der Jagiellonen Universität in Kraków. Andererseits sind Assoz. Prof. Dr. Dan Sato und Assoz. Prof. Dr. Yuko Shimada aus Kyoto seit 2016 wiederkehrende Gastprofessoren in Pécs, die nicht nur die gemeinsamen Elemente der Rechtsentwicklung in (Mittel)europa und Japan, sondern auch die Eigenartigkeit der japanischen Rechtskultur für ungarische Studierenden bekannt gemacht haben.

Unter den Zielsetzungen der Dezső-Márkus-Forschungsgruppe für Vergleichende Rechtsgeschichte haben die Unterstützung der Kooperation von Rechtshistorikern (besonders in der mitteleuropäischen Region), die Etablierung der Foren zum Gedankentausch und die effektive Verbreitung der wissenschaftlichen Leistungen und Erfolge der Forscher eine besondere Bedeutung.[2] Bei der Verwirklichung der letzteren Zielsetzung ist die Verantwortung der Rechtshistoriker der nicht englisch- oder deutschsprachigen Länder besonders groß: Ihre Aufgabe ist, die Ergebnisse der nationalen (Rechts-)Geschichtswissenschaft auf Englisch oder auf Deutsch zu publizieren und damit die Rechtsvergleichung zwischen den sogenannten „Kernländern" Europas und den Rechtstraditionen der osteuropäischen Staaten der Gegenwart zu ermöglichen. Diesem Ziel dienten die Konferenz in Pécs zwischen 22. und 23. März 2018, und auch die gemeinsame Veröffentlichung der Konferenzbeiträge in *Journal on European History of Law*. Für diese Publikationsmöglichkeit sind die Autoren der Redaktion der Zeitschrift sehr dankbar.

2. Thematik und innere Kohäsion

Wie es der Titel der Konferenz (*„Modernisierung des Staats- und Rechtssystems in der Habsburgermonarchie und ihre Auswirkung"*) offenbart, fokussierte die Forschungsgruppe auch dieses Mal auf das Modernisierungszeitalter: Das Thema von drei Beiträgen liegt bis zu der ersten umfassenden mitteleuropäischen Modernisierungswelle in das letzte Jahrzehnt des 18. Jahrhunderts zurück, und sieben Beiträge stellen Elemente aus der zweiten Modernisierungswelle (zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts und die Wende vom 19. bis zum 20. Jahrhundert) dar.

* Dr. habil. Eszter Cs. Herger, Dozent, Universität Pécs, Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften, Pécs, Ungarn.

1 HERGER, E. CS. – STEPPAN, M., Die Gründung der Dezső-Márkus-Forschungsgruppe für Vergleichende Rechtsgeschichte in Pécs. Beweggründe – Motive – Visionen. In: *Journal on European History of Law*, Nr. 2, 2016, S. 180-183.

2 http://md.ajk.pte.hu/sites/default/files/files/grundungsstatut2.pdf

Die ersten Schritte in Richtung Modernisierung der Verbindung zwischen Staat und Kirche am Ende des 18. Jahrhunderts hatten zahlreiche rechtsphilosophische, öffentlich rechtliche und auch soziale Ursachen. Orsolya Falus versucht in ihrem Beitrag zu beweisen, dass eine dieser Ursachen in der seit dem 16. Jahrhundert idiomatisierten konfessionellen Pluralität der ungarischen Bevölkerung und der daraus folgenden Praxis der religiösen Toleranz aufzufinden ist. Das türkische Eroberungsgebiet im Karpatenbecken bestand seit 1541 über mehr als anderthalb Jahrhunderte bis zum Ende des 17. Jahrhunderts. Es erstreckte sich beinahe auf das gesamte heutige Ungarn wie auch auf den nördlichen Teil von Kroatien und Serbien (Südland; ungarisch: *Délvidék*). Das *Temesköz* (das Gebiet vom heutigen Serbien und Rumänien) und das sogenannte *Partium* aus Siebenbürgen gehörten auch zum türkischen Reich. Als die Burg zu Buda 1541 eingenommen wurde, zerbrach das Ungarische Königreich in drei Teile. Diese waren das Königliche Ungarn, das unter der Herrschaft der Habsburger stand, das Königreich Ostungarn, das seit 1570 als Fürstentum Siebenbürgen genannt wurde, und das türkische Eroberungsgebiet. Dem islamischen Glaubensrecht entsprechend lebten Christen und Juden im Ottoman Reich relativ frei und sie konnten ihre Glauben und ihre örtlichen Institutionen beibehalten. Das Ottoman Reich beschäftigte sich mit der Umwandlung, welche die Reformation auslöste, eigentlich nicht, obwohl sie weder die alte katholische Kirche noch ihre Anhänger verfolgten. Die Emigranten in der Besetzungszone (Katholiken aus Bosnien und Orthodoxe aus Serbien) konnten auch ihr Kirchenorganisationssystem mitbringen, wie die jüdischen Händler, die derzeitig in den westeuropäischen christlichen Staaten meistens bedroht waren und sich in den Städten des türkischen Eroberungsgebiets niedersetzen und ohne Schikane leben konnten. Die islamische Glaubensgemeinschaft und die Derwisch-Orden, welche die Unterstützung des Staates genossen, waren natürlich auch anwesend. Daher lebte man in Ungarn während der Herrschaft der Ottoman Sultans im konfessionellen Pluralismus, der im damaligen Europa anderswo nicht aufzufinden war. Im türkischen Eroberungsgebiet gab es völlige Religionsfreiheit, gegenüber der westlichen Verfolgung der Protestanten und Nichtchristen in derselben Periode. Die türkischen Islamgläubigen griffen in die Tradition der „Ungläubigen“ nicht ein, obwohl türkische Beys oder der Pascha in Buda nicht einmal gebeten wurden, um an den theologischen Debatten der Christen teilzunehmen. Die Autorin behauptet, dass diese konfessionelle Vielfalt nach der Austreibung der Türken dazu geführt habe, dass die Habsburgerkönige gezwungen gewesen seien, 1790 in Ungarn im Geist der religiösen Geduld Recht zu setzen.

Marcin Kwiecień nähert sich zur Frage der Verbindung zwischen Staat und Kirche von der Seite der Habsburgischen Verfassungsentwürfe vom Ende des 18. Jahrhunderts, mit besonderer Hinsicht auf das Großherzogtum Toskana und die galizische Charta Leopoldina. Peter Leopold, der zwischen 1765 und 1790 Großherzog von Toskana war, führte umfassende soziale, rechtliche und finanzielle Reformen ein. Er rationalisierte die Steuereinnahmen, das Gerichtssystem und die Verwaltung, er hatte vor, die Verbindung zwischen der katholischen Kirche und dem Staat im aufgeklärten Geist zu regeln und als „moderner“ Herrscher gab er den Auftrag, das toskanische Strafrecht zu kodifizieren. Der Autor beschäftigt sich in erster Linie mit der Vergleichung der Verfassungsentwürfe von Peter Leopold und der polnischen Nobilität in Galizien, das nach Polens Aufteilung 1772 auch zu der Habsburgermonarchie gehörte. Er sucht die Ursachen des Fiaskos der Verfassungspläne im Großherzogtum Toskana und Galizien, und kommt zur Folgerung, dass es im ersten Fall mit der Aufhebung der Sekundogenitur und der geplanten Eingliederung des Großherzogtums in die Monarchie zusammenhing, und im zweiten Fall die Widerstände der bürokratischen Eliten und der Tod von Kaiser Leopold II die Erfolglosigkeit zur Folge hatte. Die Vergleichung erleichterte der gemeinsame ideengeschichtliche Hintergrund (die Mischung von Elementen des aufgeklärten Naturrechts und der amerikanischen beziehungsweise französischen Revolutionserfahrungen), der sich aber im „Kampf“ gegenüber den konservativen Positionen nicht unbedingt als ausreichend erwies.

Das Thema des dritten Beitrags, der das „Moderne“ und das „Fortgeschrittene“ zum ersten Mal im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus nachzuweisen versucht, ist die Definierung des Betrugs in den ungarischen Strafgesetzbüchern. Die rechtsvergleichende Methode erscheint im Beitrag von Krisztina Korsósné Delacasse darin, dass sie die Erfolge der Kodifikationsbestrebungen in Ungarn im Spiegel der naturrechtlichen Strafrechtskodifizierung in den österreichischen Erbprovinzen untersucht. Sie stuft sowohl die Sanctio Criminalis Josephina als auch den Entwurf von 1795 des ungarischen Codex Criminalis als moderne Kodizes ein, obwohl die Regelung des Betrugs in beiden Gesetzbüchern etwas unausgegoren und nicht völlig frei von inneren Widersprüchen war: Sie bewertet schon an sich den Versuch als fortschrittlich, den Betrug zu begreifen und zu definieren. Sie betont, dass der Betrug nicht rein als eine gegen das Vermögen gerichtete Tat aufgefasst war, wie auch die Strafgesetzbücher des nächsten Jahrhunderts das Wesen des Betrugs noch Jahrzehnte lang in der Verdrehung der Wahrheit und nicht in der Beschädigung von Vermögenswerten sahen. Erst am Anfang des 19. Jahrhunderts entfaltete sich eine davon abweichende Auffassung in der ungarischen Fachliteratur, als Theoretiker die Abgrenzung von Betrug und Fälschung ausarbeiteten. Die ungarische Rechtsentwicklung war auch diesbezüglich nicht in Verspätung, denn die Herausnahme des Betrugs aus der Gruppe der *crimen falsi* wurde auch in anderen Ländern von Europa erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts sowohl gesetzlich als auch rechtsdogmatisch realisiert. Gegenüber der Bewertung als „Moderne“ verweist die Autorin auch auf die Tatsache, dass der gesetzliche Tatbestand des Delikts Betrug in keiner der untersuchten Kodizes präzise genug war, und die unklare Formulierung beziehungsweise die viel zu detaillierte, kasuistische Darlegung oft eher zur Aufzählung von Beispielen mutierte: Es scheint so, als ob unter der Straftat Betrug einander ähnliche Handlungen nur technisch zusammengefasst wurden, aber man konstruierte keinen neuen, wirklich gut abgegrenzten und funktionierenden Betrugsbegriff. Damit wurde im Beitrag erklärt, dass die Grade der Abstraktion in beiden Kodizes niedrig geblieben seien. Das Niveau dieser Werke habe auch dadurch einen Einbruch erlitten, dass sie auch weiteren Anforderungen der modernen Kodizes (wie einem stringenten Begriffsinstrumentarium oder

einem vollkommenen Durchbruch der progressiven strafrechtlichen Maximen) nicht genügt hätten, konkludiert die Autorin.

Ob wie treu die Strafrechtsgesetzgebung die sozialen Krisenerscheinungen widerspiegelt, sieht man auch im Beitrag von Andrzej Dziadzio, der im Themenkreis der Vertragsfreiheit in der Donaumonarchie das Gesetz für Galizien über das Wucherverbot vorführt. Im Allgemeinen seien die Legislaturperioden der liberalen Ära deswegen von Interesse, da sie rechtliche Lösungen enthielten, die den Ansprüchen dieses ersten europäischen Rechtsstaates genügt haben, meint der Autor. Der Artikel stellt die Entwicklung der österreichischen Wuchergesetzgebung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts dar. Im Text wird eine Analyse der österreichischen Rechtsvorschriften durchgeführt, welche die erste moderne Definition von Wucher in der europäischen Gesetzgebung enthalten. Änderungen in der österreichischen Gesetzgebung in Bezug auf die gesetzlichen Regelungen der Kreditbeziehungen wiesen auch die Trends in der Wirtschaftspolitik des Zeitalters auf und die Frage der Kriminalität und der Entbindung des Wuchers wurde nicht nur in juristischer, sondern auch in politischer und sozialer Hinsicht aufgeworfen. Neben der Erörterung der gesetzlichen Grenzen der Kreditfreiheit wird im Beitrag auch die soziale Grundlage des Gesetzes von Galizien von 1877 über das Verbot des Wuchers aufgezeigt. Es wird auf die besondere wirtschaftliche und soziale Situation in Galizien hingewiesen, welche die österreichische Regierung dazu veranlasste, sich aus der ultraliberalen Marktwirtschaft zurückzuziehen. Der Verfasser ist der Meinung, dass die Besonderheit der wirtschaftlichen Beziehungen der Provinz die Abhängigkeit der galizischen Bauern vom Kredit der Juden gewesen sei. Die Gesetzgebung, die die Freiheit beim Abschluss von Kreditverträgen einschränkte, war eines der Elemente der galizischen Machtpolitik, die zur Stabilisierung der Beziehungen zwischen der bäuerlichen und der jüdischen Bevölkerung führte. Die Bedeutung der normativen Definierung des Begriffs Wucher im österreichischen Recht 1877 sieht der Autor darin, dass sie in diversen Modifikationen bis heute in der europäischen Rechtsordnung überdauerte.

Die soziale Rolle der Frau kann man mit ihrer familienrechtlichen Position, ihrem wirtschaftlichen Status, ihren Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten, weiterhin mit der Art und Maße der Durchsetzung ihrer politischen Rechte charakterisieren. Die geprüfte Zeitepoche des Beitrags von Kinga Császár ist die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts und die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, als die Rechte der Frauen in Ungarn in Folge der bürgerlichen Modernisierung seit 1867 stufenweise erweitert wurden. Das Forschungsthema ist die Darstellung der Erfolge der ungarischen Frauenbewegung mit besonderer Rücksicht auf die politischen Rechte. Im Beitrag fokussiert die Autorin auf die Analyse der gesetzlichen Regelung, und gibt einen Überblick über die relevante zeitgenössische und heutige Fachliteratur. Die Forderungen der Frauen in Ungarn werden mit Rücksicht auf die westeuropäischen Frauenbewegungen dargestellt: Die Forderung der politischen Rechte und der Möglichkeit zur Teilnahme im öffentlichen Leben waren nur ein einziger Schritt unter den Bestrebungen der Frauenbewegung auch in Ungarn. Humpelig war der Weg bis zur Ernennung der ersten ordentlichen Universitätsprofessorin wie auch bis zur Einführung des obligatorischen achtklassigen Grundschulunterrichts für alle Kinder. Mitte des 19. Jahrhunderts entfaltete sich ein sozialer Konflikt in Frage der Frauenrechte in erster Linie wegen des fehlenden arbeitsrechtlichen Schutzes besonders nach Kindesgeburt und wegen der fehlenden Fachausbildung. Die daraus folgenden Erscheinungen, wie die aussichtslose Rechtsstellung der Dienstboten und die weitverbreitete Prostitution, verstärkten sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. So vertiefte sich auch die soziale Krise, die Frauenrechte blieben ja weiterhin ohne annehmbare Regelung. Bedeutsame Erfolge erreichten die Aktivisten der ungarischen Frauenbewegung erst am Ende beziehungsweise nach der untersuchten Zeitepoche. Diese Tatsache weist darauf hin, dass es im östlichen Teil der Doppelmonarchie zwischen 1867 und 1918 – gegenüber dem Trend der bürgerlichen Umwandlung – in Frage der Frauenrechte nicht nur rechtliche, sondern auch zahlreiche soziale und kulturelle Schranken gab.

Obwohl die Österreichisch-Ungarische Monarchie nicht derjenige Staat in Europa war, der am meisten die Modernisierung in den außereuropäischen Staaten prägte, weist Dan Sato eine wenig bekannte Verbindung zwischen der Habsburgermonarchie und dem Meiji-Kaisertum in Japan auf: Die Vorbilder der Taishō-Zivilprozessordnung (1926) waren erstaunlicherweise die österreichische (1895) beziehungsweise die ungarische ZPO (1911), nicht die napoleonischen oder deutschen Gesetzbücher, die der japanischen Rechtsmodernisierung in früheren Etappen der Meiji-Ära zugrunde lagen. Der Beitrag des Rechtshistorikers aus Kyoto, dessen Forschungsschwerpunkt in erster Linie das mittelalterliche und frühneuzeitliche sächsisch-magdeburgische Recht ist, beschäftigt sich dieses Mal mit der Frage der Rechtsmodernisierung in Japan mit besonderer Hinsicht auf die mitteleuropäischen Einflüsse. Was die Doppelmonarchie und Japan verbindet, findet man nicht bloß im formalen Grund, dass das Ende der Österreichisch-Ungarischen Monarchie dieses Jahr 100 Jahre her ist und man auf der anderen Seite der Welt des Beginns der Meiji-Zeit vor 150 Jahren gedenkt. Der Autor stellt die Vorbereitungen der Modernisierung seit 1868 und die Revisionsbestrebung der sogenannten ungleichen Verträge dar, und weist auf die japanische Kodifizierung und dessen Vorbilde hin. Die mitteleuropäische Verbindung von Japan zeigt er jedoch bei den verfassungsrechtlichen Forschungen Itō Hirobumis‘ in Wien, bei Lorenz von Stein nach. Diese persönliche Beziehung hatte einen Einfluss auf die Verfassungsgebung in Japan nach 1883, und die rechtlichen Grundlagen, die damals herausgebildet wurden, blieben trotz politischer und gesellschaftlicher Umwälzungen bis heute gültig.

Als Gegenbeispiel stellt Yuko Shimada die Modernisierung der japanischen Beschäftigungspraxis dar. Das japanische Arbeitsrecht blieb – aus historischen Gründen – nach 1868 von der europäischen Rechtskultur (vom deutschen und amerikanischen Arbeitsrecht) nicht unberührt, jedoch erhielt es seinen eigenartigen Charakterzug. Dafür kann man besonders der sogenannten traditionellen japanischen Beschäftigungspraxis danken. Die Beschreibung der Rechtslage der Arbeitnehmer in der Edo-Zeit (1603-1868) und der Beschäftigungsbeziehung in der Meiji-Zeit (1868-1912), in der Kriegszeit (1914-1945) beziehungsweise in der Nachkriegszeit bestätigt, dass die Ele-

mente der Beschäftigungspraxis (die lebenslange Anstellung, das Senioritätsprinzip und die Unternehmensgewerkschaften) nach wie vor traditionelle Züge aufzeigen, und man die Wurzeln der traditionellen Arbeitsbeziehungen, in der Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine enge Beziehung haben, auch bis zu den Arbeitnehmern in der Edo-Zeit zurückverfolgen kann.

Zwei Konferenzbeiträge, die auf archivalischer Forschung basieren, stellen ungarische Rechtsinstitute beziehungsweise Modernisierungsfelder aus Branauer Aspekt dar. Im Komitatsarchiv Baranya (Branau) des Ungarischen Nationalarchivs wurde eine reiche Quellensammlung unter anderem zum Thema Modernisierung des Volksunterrichts aufbewahrt. Patrícia Dominika Niklai charakterisiert die Umsetzung des Gesetzes über den Volksunterricht im Spiegel der archivalischen Quellen aus Komitat Baranya nach 1868. Der Wert dieser Arbeit findet man in erster Linie darin, dass die Autorin die Behauptungen der zeitgenössischen Kulturpolitiker und ihrer heutigen Forscher aufgrund statistischer Dateien, offizieller Berichte oder inoffizieller Briefwechsel bewerten kann. Die Modernisierung des Volksunterrichts und die Interessendurchsetzung der Kirche in der Österreichisch-Ungarischen Monarchie sind immer noch wichtige und aktuelle Forschungsthemen in der ungarischen Rechtsgeschichte. Die Autorin, die sich bereits früher mit manchen Aspekten dieser Frage beschäftigte, untersucht in diesem Beitrag nach einem Vergleich des Gesetzgebungsprozesses in Österreich und in Ungarn die ungarische Seite ausführlich. Sie sieht einen wesentlichen Unterschied zwischen der Entwicklung in Österreich und Ungarn in Hinsicht auf die Modernisierung des Volksunterrichts darin, dass in Österreich nach 1868 gemeinsame, staatliche Schulen errichtet wurden, während in Ungarn nach dem Volksunterrichtsgesetz von 1868 staatliche Schulen nur subsidiär, unter Beibehaltung der konfessionellen Schulen vorgeschrieben wurden. Dementsprechend blieben weiterhin zahlreiche konfessionelle Schulen in Ungarn bestehen. Diese arbeiteten allerdings auf niedrigem Niveau, weshalb es notwendig war, staatliche Schulen zu errichten. Gemäß den analysierten Dokumenten lässt sich feststellen, dass die Zielsetzung bei der Verstaatlichung von Schulen beziehungsweise bei der Errichtung neuer staatlicher Schulen in erster Linie die Ungarisierung war. Die größten Fortschritte erfolgten in den von unterschiedlichen Nationalitäten bewohnten Ortschaften, wo eine multinationale Bevölkerung mit dem Fehlen einer Schule oder einer vorhandenen konfessionellen Schule von schlechter Qualität und der Bereitschaft der Konfession zur Zusammenarbeit einherging.

Die archivalische Forschung erweis sich auch in Frage der Modernisierung des ungarischen ehelichen Güterrechts als notwendig: In Ungarn gab es bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts kein kodifiziertes Privatrecht, und nach der provisorischen Geltung des österreichischen naturrechtlichen Privatgesetzbuchs (ABGB) kehrte die sogenannte Judex-Curial-Konferenz 1861 zum traditionellen, nationalen Gewohnheitsrecht zurück, dessen genauer Inhalt aus dem alltäglichen Rechtsleben und der Gerichtspraxis zu erkennen ist. Aufgrund der Prozessschfriften von Ehe- oder Nachlassrechtsstreitigkeiten vor dem königlichen Gerichtshof in Pécs definiert Eszter Cs. Herger die Eheverträge in Rahmen der lakonischen Regelung des Gesetzes über die königlichen Notare (1874). Sie ist der Meinung, dass die Verfasser der fünf Entwürfe des ungarischen Privatgesetzbuchs (1883-1928) den Eheverträgen einigermaßen kleinere Rolle zu geben beabsichtigten als sie im ABGB-Ehegüterrecht oder im heimischen Recht zur Zeit der Geltung des ABGB in Ungarn hatten. Der persönliche und geographische Partikularismus im ehelichen Güterrecht war in Ungarn kleiner als im deutschen Rechtskreis, und die Rechtswissenschaft an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert und der folgenden Jahrzehnte nahm die in den Entwürfen beabsichtigte Rolle der Eheverträge an. Demgegenüber überzeugte die auf Komitat Baranya beschränkte archivalische Forschung die Autorin, dass die aus dem traditionellen Recht beerbten Eheverträge auch nach der Jahrhundertwende große Bedeutung im ungarischen Rechtsleben hatten: Sie ermöglichten die Abweichung von den gesetzlichen, von der ständischen-sozialen Stellung bestimmten güterrechtlichen Instituten, die wegen der Erfolglosigkeit der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen auch weiterhin existierten.

Die Österreichisch-Ungarische Monarchie war im Vergleich zu anderen europäischen Staaten ein eigenartiges Phänomen, das am meisten für die große Zahl der Nationen zu danken hat, die innerhalb des Habsburgerreichs lebten und die zur Gestaltung der öffentlich rechtlichen Struktur des Reichs beitrugen. Marian Małecki meint, dass die Erinnerung an die österreichische Herrschaft in Galizien keinen abschätzigen Zug habe, da der Staatsapparat und die juristische Lösungen des Zeitalters gut funktionierten, obwohl die in drei Teile geteilte polnische Nation bis zum Sturz des Habsburgerreiches 1918 keinen Staat hatte. Auf diese relativ günstige Rechtslage weisen auch die bis heute aufbewahrten Monumente der Rechtskultur auf, welche die Richtung der Umwandlung und der Modernisierung der Habsburgermonarchie widerspiegeln. Der Autor stellt in seinem Beitrag die Gebäude der Rechtsprechung (unter anderem Gerichtsgebäude und Justizvollzugsanstalte) dar, weiterhin verwaltungstechnische Zeichen (wie Straßenschilder oder Geräte), Granes, Längenmaße, Sammlungen und Verwaltungsgebäude, aber auch die neuen Kommunikationsplattformen der örtlichen Gesellschaften, wie die Marktplätze der zur Zeit der Habsburgerherrschaft in Galizien frisch gegründeten Städte. Man findet im Beitrag auch Machtsymbole, wie Wappen, Siegelzeichen und örtliche Parlamentsgebäude. Man fühlt sich während dem Lesen dieses Beitrags so, als ob man auf den Straßen von Kraków spazierte; und mit der kulturhistorischen Erinnerung an die Zeit der Habsburgermonarchie sind auch Gefühle erweckt. Gute oder weniger positive Emotionen, das kann unterschiedlich sein. Unsere (Rechts)geschichte verbindet uns jedoch miteinander, und die verbindenden Faktoren sind in Mitteleuropa in Mehrheit den Unterschieden gegenüber.

Vertragsfreiheit in der Donaumonarchie. Das Gesetz für Galizien über das Wucherverbot*

(Freedom of Contract in the Habsburg Monarchy. The Prohibition of Usury in Galicia)

*Andrzej Dziadzio***

Abstract

The article discusses the evolution of legislation on usury in the constitutional era of the Habsburg Monarchy and an analysis of Austrian legal regulations containing the first modern definition of usury in the European legislation. The change of statutory pre-conditions of usury was a reflection of economic trends in the Austrian policy of the second half of the 19th century. The author presents the issue of penalization and depenalization of usury in the juridical, political, and social context. Apart from discussing the legal boundaries of the freedom of contract, the author shows the social background of the act of 1877 that banned usury in Galicia and the particular economic and political situation of Galicia that caused the Austrian government to deviate from ultra-liberal market economy. A specific feature of the economic relations in the province was the dependence of Galician peasantry on the loans offered by Jews. The legislation limiting the freedom of contract in case of credit contracts was one of the elements of the policy of Galician government to normalize the relationships between the peasantry and the Jewish population.

Keywords: *Habsburg Monarchy; freedom of contract; usury; Galicia; Jews.*

1. Einleitung

Die Geschichte verfassungsrechtlicher und politischer Änderungen in der Habsburgermonarchie des 19. Jahrhunderts ist zwar in der Fachliteratur hinreichend beschrieben worden, erfreut sich aber ungebrochen eines großen Forschungsinteresses.[1] Auch die Rechtsgeschichte eröffnet diesbezüglich neue Felder. So werden Abhandlungen zur Staatsform der Donaumonarchie um Arbeiten zur Gerichts- und Verwaltungspraxis ergänzt.[2] Das Bild wird auch durch die Beschreibung unbekannterer Rechtsakten aus der reichhaltigen Gesetzgebung ergänzt.[3] Die Legislaturperioden der liberalen Ära sind deswegen von Interesse, da sie rechtliche Lösungen enthalten, die den Ansprüchen dieses ersten europäischen Rechtsstaates genügten. Oft genug waren jene Konstruktionen als Richtungswechsel für das europäische Recht bestimmend. Ein Beispiel für so eine Innovation ist jenes Gesetz von 1877, das Wucher definierte. Das österreichische Recht nahm bei der normativen Definition des Begriffs „Wucher", der in diversen Modifikationen bis heute in der europäischen Rechtsordnung überdauerte, eine Vorreiterrolle ein.[4] Ziel der vorliegenden Abhandlung ist, die Umstände bei der Entstehung dieses Gesetzes zum Verbot von Wucher in Kreditgeschäften aufzuzeigen. Die Beschreibung des Gesetzgebungsprozesses mag auch jene Gründe nennen, wegen deren die liberale Wiener Regierung auf das Prinzip der uneingeschränkten Freiheit im Kapitalverkehr verzichtete.

2. (De-)Pönalisierung von Wucher im österreichischen Recht

Wucher besteht in der Einhebung von übermäßigen Zinsen auf einen gewährten Kredit, der den gesetzlich vorgegebenen Maximalprozentsatz übersteigt, und war laut österreichischem

* Dieser Artikel entstand im Rahmen des Forschungsprojektes Nr. UMO-2014/15/B/HS5/03317 des Nationalen Wissenschaftszentrums (*Narodowe Centrum Nauki*).

** Prof. Dr. habil. Andrzej Dziadzio, Lehrstuhlleiter, Fakultät für Rechtswissenschaften und Verwaltung, Jagiellonen Universität in Kraków, Polen.

1 Vgl. JUDSON, P. M., *The Habsburg Empire. A New History*. 2016 by the President and Fellows of Harvard College; VUSHKO, I., *The Politics of Cultural Retreat. Imperial Bureaucracy in Austrian Galicia 1772-1867.* Yale University, 2015; HEINDL, W., *Josephinische Mandarine. Bürokratie und Beamte in Österreich.* Bd. 2: 1848-1914, Böhlau Verlag, 2013; SEIDERER, G., *Oesterreichs Neugestaltung. Verfassungspolitik und Verwaltungsreform im österreichichen Neoabsolutismus unter Alexander Bach 1849-1859.* Wien, 2015; SEIDERER, G., *Oesterreichs Neugestaltung. Verfassungspolitik und Verwaltungsreform im österreichichen Neoabsolutismus unter Alexander Bach 1849-1859.* Wien, 2015

2 Vgl. LEIGH, J.T., *Austrian Censorship and the Bohmian Periodical Press, 1848-71.* Palagrave Macmillan, 2017; DZIADZIO, A., Der Kampf der Zensur gegen die antisemitische Propaganda in der polnisch-, tschechisch- und deutschsprachigen Presse der Donaumonarchie zur Jahrhundertwende. In: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, 2. Jahrgang, Bd. 2/2012, S. 238-249.

3 Vgl. POTZ, R., Das Islamgesetz 1912 und der religionsrechtliche Dyskurs in Österreich zu Beginn des 20. Jahrhunderts. In: OLECHOWSKI, T. – NESCHWARA, CH. – LEUGAUER, A. (Hrsg.), *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur*. Wien, 2010.

4 Obwohl es in der polnischen Sprache ein direktes Äquivalent für „Wucher" gäbe (*lichwa*), funktioniert im polnischen Recht der Begriff „*wyzysk*" (Ausbeutung / Missbrauch) [Anm. d. Ü.].

Recht bis zu seiner Aufhebung 1868 strafbar. Die österreichischen Liberalen forderten neben politischen Freiheiten auch eine Freiheit des Geldmarkts und unbeschränkte „Kapitalbewegung". Ihrer Meinung nach sprach einerseits die Idee einer vollkommenen Freiheit beim Abschluss von Kreditgeschäften für die Aufhebung des Verbots der Wucher, andererseits ging es auch um einen Bruch mit dem für sie fremden Nachlass des absolutistischen Staates bzw. mit der katholischen dominierten Monarchie. So wurden sie zu den ideellen Erben der Josephinischen Reformen, die 1787 die Strafen für die Überschreitung des gesetzlichen Zinssatzes aufhoben. Als Grundlage für seine Entscheidung berief sich Joseph II auf das Naturrecht, das Prinzip *pacta sunt servanda* und auf die uneingeschränkte Freiheit bei Vertragsabschlüssen.[5] Seine Reformen hielten allerdings nicht lange an.

Das aufklärerische Vertrauen, die Aufhebung des Wucherverbots würde zu einer freien Konkurrenz auf dem Kapitalmarkt führen, erwies sich als trügerisch. Als 1803 in der Monarchie die Strafe auf Wucher wieder eingeführt wurde, rechtfertigte man dies – wie in der Begründung des kaiserlichen Patents ausgeführt – damit, dass statt der erwarteten freien Kapitalnutzung eine ungebremste Gewinngier auf Kosten des materiellen Ruins Anderer einsetzte. Das ABGB von 1811 übernahm hinsichtlich der privatrechtlichen Dimension die Regulierungen dieses Wucher-Patents. Das Gesetzbuch legte in den Vorschriften zu Kreditgeschäften einen Höchstzinssatz fest. Die Sanktion bei Übertretung desselben war die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Das Bürgerliche Gesetzbuch der Monarchie verbot auch Anatozismus, also die Verzinsung aufgelaufener Zinsen, um leichtgläubige Schuldner vor gierigen Gläubigern zu schützen, die kurze Zahlungsintervalle festlegten.

Die historische Erfahrung hielt jedoch die Liberalen nicht von der Realisierung eines ideologischen Ziels ab, das da war: Aufhebung der Pönalisierung von Wucher. Die Befreiung der Kredite von Wucherverbotsvorschriften blieb im Prinzip der einzige lautstark vertretene Punkt aus dem Wirtschaftsprogramm der Liberalen, da bereits zu Beginn der Verfassungsära die ökonomische Ausrichtung der Monarchie auf freie Marktwirtschaft eingestellt war. Diesen Verdienst konnten sich die Eliten der Vorgängerregierungen an die Fahnen heften. Die absolutistische Regierungsausübung wurde den Bürgern durch funktionierende Behörden und tiefgreifenden Veränderungen in Handel und Industrie abgegolten. Das Gesetz über Wechsel, die Industrie- und Handelskammer, die Creditanstalt für Handel und Gewerbe oder auch das Gewerbegesetz von 1859 waren der Nährboden für die Entwicklung einer freien Marktwirtschaf.[6] Die Veränderungen betrafen auch den Wucher. 1866 schlug die konservative Wiener Regierung Rechtsmittel vor, die einerseits die Konkurrenz auf dem Geldmarkt erleichtern, aber andererseits vor Missbrauch geldhungriger Kreditgeber schützen sollten.

Der Rechtsakt vom Dezember 1866 hob die Vorschriften über den Höchstzinssatzes bei Kreditgeschäften auf und änderte jene bezüglich der Strafbarkeit von Wucher.[7] Aufgehoben wurde auch das Anatozismus-Verbot. Der jährliche gesetzliche Höchstzinssatzes wurde mit 6 % festgelegt. Die kaiserliche Verordnung definierte allerdings Wucher anders als bisher. Strafe aufgrund von Wucher unterlag, wer die Notlage, Leichtsinn, Unerfahrenheit oder Verstandesschwäche des Kreditnehmers missbrauchte bzw. für sich oder einen Dritten diesem durch ortsunübliche Zinsen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur eigenen Leistung standen, nachhaltigen Schaden zufügte. Es war dies in der Gesetzgebung der Monarchie die erste rechtliche Definition von Wucher, die Charakteristika organisierter Ausbeutung im modernen Verständnis aufwies.[8] Das Wesen von Wucher ist nämlich das eklatante Leistungsmissverhältnis beider Seiten und der Missbrauch von Schwäche oder der Notlage des Kreditnehmers, der nun eine Änderung oder Aufhebung des Vertrages vor Gericht einfordern konnte.

In der 1866 vorgeschlagenen Definition wurde Wucher nicht weiterhin als Handlung betrachtet, die in der Beachtung eines Zinssatzes oberhalb eines gesetzlichen Höchstzinssatzes bei einem Kreditgeschäft bestand. Sanktionen bei Wucher kamen nur dann ins Spiel, wenn das Gericht im konkreten Fall darauf erkannte, dass die erhaltenen Zinsen hinsichtlich der lokalen Bedingungen des Rechtsverkehrs überhöht waren. Zu beweisen war darüber hinaus, dass der Kreditgeber eine Zwangslage und die Schwäche des Kreditnehmers ausnutzte, um einen für diesen ungünstigen Kredit abzuschließen. Diese Regulierung schwächte den repressiven Charakter des Gesetzes über das Wucher-Verbot auf zweifache Weise. Erstens musste der geschädigte Kreditnehmer nachweisen, dass der Gläubiger über seine Notlage und Schwächen im Bilde war, sowie diese bewusst zu seinem eigenen Nutzen anwandte. Zweitens erfolgte ein Verfahren wegen Wuchers von Amts wegen nur dann, wenn der Beklagte gewerblich Kredite erteilte, und nur, wenn die geliehene Summe zumindest 100 Gulden betrug sowie auf Tage, Wochen oder höchstens drei Monate verliehen worden war.

---

5 CHORINSKY, C., *Der Wucher in Österreich.* Wien, 1877, S. 17 f.

6 MATIS, H., Staat und Industrialisierung im Neoabsolutismus. In: BRANDT, H.H. (Hrsg.), *Der österreichische Neoabsolutismus als Verfassungs- und Verwaltungsproblem. Diskussionen über einen strittigen Epochenbegriff.* Böhlau Verlag, 2014, S. 169 f.

7 Gesetz vom 14. December 1866 womit vom 1. Jänner 1867 an die gesetzlichen Beschränkungen des Zinsenmaßes aufgehoben und Gesetze über Bestrafung des Wuchers geändert werden, RGBL 160/1866. Wucher wurde nunmehr modern definiert. Paragraph 3 der kaiserlichen Verordnung besagt: „*Strafbar wegen Wuchers ist, wer die Nothlage, den Leichtsinn, die Unerfahrenheit oder die Verstandesschwäche des Anleihers zu dessen empfindlichen Nachteile mißbraucht, um für sich oder andere, unter was immer für einer Form, einen Vorteil zu bedingen, welcher zu dem am Orte üblichen Zinsenmaße und zu den mit seiner Leistung etwa verbundenem Auslagen, Verlusten, oder sonstigen Opfern in auffallendem Mißverhältnisse steht*". Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts- und Gesetzestexte. Online [3. 03. 2018].

8 So legt das polnische Privatrecht in Artikel 388 § 1 fest: „*Wenn eine Seite unter Ausnutzung einer Notlage, eines Gebrechens oder der Unerfahrenheit der zweiten Seite im Tausch für seine Leistung für sich oder eine dritte Person eine Leistung entgegennimmt oder vorbehält, deren Wert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in groben Ausmaß den Wert der eigenen Leistung übersteigt, kann die andere Seite eine Verringerung ihrer Leistung oder eine Erhöhung der ihr zustehenden Leistung einfordern, und im Falle, dass sowohl das eine als auch das andere übermäßig erschwert ist, die Nichtigkeit des Vertrages fordern*".

Den Liberalen gingen jedoch die Änderungen nicht weit genug. Auf ihre Initiative hin wurde 1868 ein Gesetz verabschiedet, dass die bis dahin geltende Pönalisierung von Wucher sowie die entsprechenden Vorschriften aus dem ABGB aufhoben.[9] Parlamentarische Gegenstimmen, welche negative Folgen – Kreditverteuerungen etwa – vorbrachten, gab es wenige. Es dominierte jene wirtschaftsliberale Grundstimmung, nach der die Konkurrenz auf dem Kapitalmarkt zur Zinssenkung bei Krediten beitragen würde. Von galizischen Politikern war praktisch kein Veto gegen die Aufhebung des Wucherverbots zu hören. In der Parlamentsdebatte wurde Galizien sogar als positives Beispiel für die Wirkung jenes Gesetzes von 1866, das den Höchstzinssatzes aufhob, dargestellt. Laut eines Sprechers führte es zu einer Kreditzinssenkung, weil, wie betont wurde, ehrliche Kapitalisten in Konkurrenz zu *„frechen und schamlosen Wucherern"* getreten seien. Während einer Sitzung der parlamentarischen Kommission äußerten galizischen Politiker die Ansicht, dass der vor über einem Jahr aufgehobene Höchstzinssatzes keinen negativen Einfluss auf die Kreditverhältnisse des Kronlandes gehabt hätte. Diese Meinung diente als Argument für die Straffreiheit bei Wucher.[10]

Das heißt allerdings nicht, dass Politiker aus Galizien nicht vor den Folgen gewisser Vorschläge, wie der Aufhebung von ABGB-Vorschriften über das Verbot von Kreditgeschäften, welche deren Wesen widersprechen (§ 1371 und § 1372 ABGB), gewarnt hätten. Eine *ex lege* unwirksame Vertragsbedingungen war z.B. jener Vorbehalt, dass nach der Verfallzeit der Schuldforderung dem Gläubiger das Pfand zufalle. Ein galizischer Vertreter war überzeugt, dass durch die Aufhebung der erwähnten ABGB-Vorschriften es zu einer vollkommenen *„Enteignung des Bauernstandes zugunsten professioneller Wucherer"* käme.[11] Die Bauern in Galizien griffen nämlich nicht auf Hypotheken-Kredite zurück, da deren Immobilien keine Grundbucheinträge hatten. Der Regierungswiderstand gegenüber den parlamentarischen Plänen führte nicht zur gesetzlichen Aufhebung dieser beiden ABGB-Vorschrifte.

3. Die Entstehung des Gesetzes von 1877 für Galizien über das Wucherverbot

Die Straffreistellung von Wucher verschlechterte die Kreditsituation der bäuerlichen Bevölkerung in Galizien rapide. Polnische Grundbesitzer hatten nämlich ohnehin einen erschwerten Zugang zu billigen Krediten.[12] Die schwache Industrialisierung im Land brachte einen Mangel an Kreditgesellschaften mit sich, die zueinander in Konkurrenz gestanden wären und somit niedrigprozentige Darlehen hätten anbieten können. Die Bauernbank (*Bank włościański*) und die wenigen Sparkassen konnten in keiner Weise den Kredit-Bedürfnissen einer bäuerlichen Bevölkerung gerecht werden, deren Einkommensmöglichkeiten sehr beschränkt waren. Bauern erhielten vorrangig oder ausschließlich Kredite von Juden, die den Kreditmarkt in Galizien praktisch monopolisiert hatten.[13] In beschränktem Rahmen gab es auch Kredite von reicheren Bauern oder Grundherren.

Die Aufhebung des Wucher-Verbots verschlechterte die Situation der Landwirte so sehr, dass Wucherer nicht davor zurückschreckten, Höchstzinsen und Vertragsstrafen, einschließlich der Versteigerung des verpfändeten Bodens, einzuklagen. Bodenversteigerungen stiegen innerhalb von zehn Jahren ab Inkrafttreten des Gesetzes von 1868 beinahe auf das Zehnfache. Auch die Großgrundbesitzer in Ostgalizien zwangen den Bauern schwierige Kreditbedingungen auf. So forderten sie als Zinsen einen eintägigen Frondienst pro Woche bis zur Bezahlung der Kreditsumme.[14] Diese Praxis stieß auf Kritik, da sie als versteckte Form des überwunden geglaubten Feudalismus' galt. Die Bedingungen der Wucherverträge führten dazu, dass sich die Bauern immer mehr verschuldeten, in Folge zum Verkauf von Grund und Boden und schlussendlich zur Emigration. Die Wucherpraktiken seitens der galizischen Juden förderten

---

[9] Gesetz vom 14 Juni 1868 wodurch die gegen den Wucher bestehenden Gesetze aufgehoben werden, RGBL 62/ 1868. Österreichische Nationalbibliothek, ALEX Historische Rechts- und Gesetzestexte. Online [3. 03. 2018]. Paragraph 6 des Gesetzes besagte: *„Alle den vorstehenden zuwiderlaufenden civil- und straflichen Bestimmungen hiermit außer Wirksamkeit gesetzt; so insbesondere das Patent vom 2. December 1803 (…). Verordnung 14. December 1866 (…) der § 485 des Strafgesetzbuches, dann die § 993, 994, 995, 996, 997, 998, 100 und 196 des allg. bürgerl. Gesetzbuches ([…)"*.

[10] Vgl. Haus der Abgeordneten – 77. Sitzung der 1. Session am 9 März 1868, S. 2173, ALEX Historische Rechts- und Gesetzestexte. Online [3. 03. 2018].

[11] Vgl. Haus der Abgeordneten – 77. Sitzung der 1. Session am 9 März 1868, S. 2160 f., ALEX Historische Rechts- und Gesetzestexte. Online [3. 03. 2018]. In Galizien war ein Kredit mit Verpfändung des Grundes als Sicherheit gängige Praxis. Der jüdische Kreditgeber nahm bei der Gewährung kleinerer Darlehen Acker- oder Wiesengrundstücke zur Bewirtschaftung für mehrere Jahre als Kreditzinsen.

[12] Die parlamentarische Kommission stellte bei der Begründung für die Zweckmäßigkeit besonderer Vorschriften gegen die Wucherpraktiken in Galizien fest: *„daß daher bei dem Bestande der absoluten Capitalfreiheit die harmonischen drei Factoren [Kapital, Arbeit sowie Grund und Boden - Anm. A.D.] in Galizien zu einer Unmöglichkeit geworden (sind), daß es somit Pflicht des Staates ist, diese harmonische Zusammenwirkung durch Herstellung des Gleichgewichtes unter denselben von Neuen anzubahnen und zu ermöglichen, insbesondere wenn, wie in Galizien, die Kräften der Einzelnen und Privatgesellschaften hierzu nicht ausreichen. Der Gewinn des Capitalisten in Galizien übersteigt in der Regel um das Drei-, Vier-, Fünf-, ja Zehnfache den Gewinn welchen der Grundwirth aus seinem Grunde und Boden, der Handwerker aus seinem Gewerbe mit Anstrengung aller Arbeitskräften zu erringen vermag. (…) Die Zahl der wucherenden Müßiggänger (…) ist in Galizien so groß, wie in keinem Lande der Erde"*. Vgl. 648 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses - VIII. Session, S. 5. ALEX Historische Rechts- und Gesetzestexte. Online [3. 03. 2018].

[13] Dr. L. Caro, ein hochgeschätzter Spezialist der zeitgenössischen Kreditverhältnisse in Galizien schrieb 1893: *„Die Mehrzahl der Wucherer in Galizien ist israelitische Konfession. Wem allerdings bewusst ist, dass sich ein katholischer Bauer aus Oberösterreich oder ein orthodoxer Großgrundbesitzer in Russland leidlich dem Wucher verschreiben, legt diese Erscheinung weder der jüdischen Rasse noch Religion zu Last, sondern vermerkt einzig die Tatsache, dass es nicht die Juden, sondern Missbrauch und Wucher zu bekämpfen gilt. Die Wissenschaft gehört keinem Lager an, das Lamento des Augenblicks geht sie nichts an, ihr Motto ist: amicus Plato, magis amica veritas"*. In: *Lichwa na wsi w Galicji*, Przegląd Powszechny, Jg. X, Bd. XXXIX, 1893, S. 2.

[14] Die Verabschiedung des Gesetzes von 1877 über das Verbot von Wucher war nur eine Ursache, welche die Gutsherrn davon abbrachte, Kredite „auf Tagwerk" zu vergeben.

die antisemitische Stimmung in der ländlichen Bevölkerung. Ab 1874 veröffentlichte die Lemberger National-Zeitung, die *Gazeta Narodowa* Informationen über erschreckende Fälle von Wucher und betrügerischen Praktiken von jüdischer Seite.[15] Auch der Lemberger Verein *Szomer Israel* (d.h. Israels Wächter) verabschiedete einen Entschluss, in welchem der in Galizien von Juden praktizierte Wucher verurteilt wurde, und verpflichtete sich, diesen zu bekämpfen.[16] Trotzdem waren die ab den 1870er Jahren in der galizischen Presse angeführten Wucher-Fälle ein Nährboden für Antisemitismus.

Es lag daher im Interesse der autonomen galizischen Behörde, Gegenmaßnahmen zu ergreifen, die einerseits der zunehmenden Verarmung polnischer Bauern Einhalt gebieten, andererseits aber nicht das einigermaßen stabile gesellschaftliche Gleichgewicht zwischen christlichen Schuldnern und jüdischen Gläubigern gefährden sollte. Daher fasste der Galizische Landtag zweimal (1874 und 1875) den Beschluss, die Wiener Regierung zur Verabschiedung eines Gesetzes aufzufordern, das dem Wucher in Galizien einen Riegel vorschieben würde. Die Resolution brachte der Abgeordnete Andrzej Rydzowski, der in Wien Lobbyarbeit für die Wiedereinführung der Wucher-Strafe betrieb, im Reichsrat ein.[17] Die Einstimmigkeit der Abgeordneten aus Galizien in dieser Frage führte 1877 zur Regierungsvorlage des entsprechenden Gesetzes. Der Regierungsentscheidung ging eine detaillierte Untersuchung der Kreditverhältnisse in Galizien voraus, die sich auf Informationen der Gerichte, Staatsanwaltschaften und politischen Behörden stützte.

Der Gesetzesentwurf enthielt nicht den Begriff „Wucher", allerdings *„Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Kreditgeschäften"*.[18] Laut Regierung richtete sich das Gesetz auf den Schutz der Kreditverhältnisse in Galizien, wo der Abschluss von für den Kreditnehmer nachteiligen oder ruinösen Kreditgeschäften sich zu einer – wie es in der Begründung heißt – Epidemie ausgewachsen hatte. Die Kreditgeber sicherten sich nämlich einen unverschämt überhöhten Gewinn, indem sie die intellektuelle Schwäche des bäuerlichen Gegenübers ausnutzten, das sich selten der desaströsen Folgen des Geschäfts bewusst war. Ein derartiges Vorgehen erkannte die Regierung als betrügerische Praxis im Rechtsverkehr, das jedoch nicht im Wege eines Strafrechtsparagrafen im Betrugsgesetz zu bekämpfen war. Zum Wesen dieses Verbrechens gehörte die Heimtücke des Täters. Die Forderung nach unverhältnismäßig überhöhten Kreditzinsen zur eigenen Bereicherung entsprach nicht den gesetzlichen Straftatmerkmalen bei Betrug. Ein derartiges Vorgehen war angesichts der Aufhebung des Höchstzinssatzes nicht strafbar. Das Gesetz sollte also eine Lücke in der Legislative schließen, indem es ein dem Betrug verwandtes Vergehen einführte. Der Gesetzgeber konnte sich nicht, wie argumentiert wurde, der Pflicht entziehen, mit gesetzlichen Mitteln einer Erscheinung Einhalt zu gebieten, die zur Verarmung großer Bevölkerungsteile führte, in dem es sich auf das Prinzip, dass das Recht für den Wachsamen geschrieben sei (*jura vigilantibus scripta sunt*), berief.

Obwohl das Gesetz den Begriff „Wucher" nicht für die angenommenen Lösungen verwendete, entsprachen diese in Wesen und Inhalt der Definition. Laut Gesetz war eine Handlung strafbar, in der ein Kreditgeber für sich einen unverhältnismäßig hohen Gewinn im Kreditgeschäft veranschlagte und dem Kreditnehmer Bedingungen auferlegte, deren Verderblichkeit er aufgrund von *„Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemüthsaufregung"* nicht zu erfassen imstande war.[19] Der Regierung war bewusst, dass der Eintritt strafrechtlicher Mittel in privatrechtliche Verhältnisse vom Grundsatz des liberalen Rechtsstaates abwich. Deshalb suchte sie eventuellen Vorwürfen durch eine genaue Definition der Gesetzesziele zuvorzukommen.

Erstens erklärte sie die Entstehung des Gesetzes nicht als notwendige Sicherung des Allgemeinwohls mittels Festlegung niedriger Zinsen in Kreditgeschäften (über die Wiedereinführung eines Höchstzinssatzes). In diesem Punkt war das neue Gesetz eine Fortführung der kaiserlichen Beschlüsse von 1866. Zweitens versicherte die Regierung, dass das Gesetz nicht die Einführung einer Strafe bei Nichterfüllung der ethischen Pflicht zur Hilfeleistung für eine Person in Notlage zum Ziel hatte. Drittens wurde angeführt, dass das Gesetz nicht auf den Schutz vor Folgen unüberlegten Handelns abziele. Es sollte einzig vor dem rücksichtslosen und brutalen Missbrauch eines Individuums, das sich aus eigenen Kräften nicht zu helfen wusste, schützen.

Diese Erklärungen erläutern zum Teil, weshalb sich unter den Prämissen von Wucher nicht die Notlage oder Leichtsinnigkeit des Kreditnehmers fand, wie noch in der Definition der

---

[15] Gazeta Narodowa 27 VII 1875. Beschlagnahmeakten dieser Ausgabe auf Grund des Artikels: *Glaser i żydzi galicyjscy* [Glaser und die galizischen Juden], Центральний державний історичний архів України, м. Львів [Staatliches historisches Zentralarchiv der Ukraine in Lemberg]. Fond 156, Beschr. 7, LNr. 4279 (im Weiteren: CDIAUL, 156/7/4279).

[16] CDIAUL, 146/7/4101.

[17] A. Rydzowski studierte Recht an der Jagiellonen-Universität, an der er dann von 1864-1871 die Stellung eines stellvertretenden Professors innehatte. Er hatte eine Anwaltskanzlei und engagierte sich sozial. Zu seinen Schwerpunkten gehörte unter anderem die Einführung von Grundbüchern in Galizien und er stand den Krakauer Konservativen, unter anderem J. Dunajewski, nahe. Rydzowski war Abgeordneter zum Landtag sowie zur Abgeordnetenkammer. In der Öffentlichkeit galt er als „Vernichter von Trunksucht und Wucher". Dunajewski verstarb 1881 unerwartet in Wien. Vgl. HOMOLA-SKAPSKA, I., Rydzowski Andrzej Marcin. In: *Polski Słownik Biograficzny.* Bd. XXXIII/3. S. 451-453, Kraków, 1992.

[18] Das österreichische Gesetz für Galizien von 1877 führte als erstes Gesetz Rechtsmittel zum Schutz vor unlauteren Praktiken im Rechtsverkehr in ein liberales Wirtschaftssystem ein. Der Konsumentenschutz vor unredlichen Praktiken des Markts zählt gegenwärtig zu den Verfassungspflichten eines demokratischen Rechtsstaates. Vgl. Art. 76 Verfassung der Republik Polen vom 2. April 1997 (GB. Nr. 78, Pos. 483). Ein deutsches Gesetz stammt aus späterer Zeit. Vgl. Gesetz vom 24. Mai 1880 betreffend den Wucher (Deutsches Reichsgesetzblatt, Nr. 10, 1880), S. 109-110.

[19] 563 der Beilagen zu den stenogr. Protokollen des Abgeordnetenhauses.- VIII. Session, S. 1. ALEX Historische Rechts- und Gesetzestexte. Online [3. 03. 2018]. Regierungsvorlage. Die ursprüngliche Version des unter Strafandrohung stehenden Wuchers lautete: *„Wer in der Absicht, aus der Gewährung von Credit übertriebenen Gewinn zu ziehen, dem Creditnehmer Bedingungen auferlegt, deren Verderblichkeit derselben vermöge seiner dem Creditgeber bekannten Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemüthsaufregung nicht zu erkennen vermag, ist eines Vergehens schuldig und wird mit Arrest von einem bis zu sechs Monaten oder von 100 bis 1000 Gulden bestraft"*.

kaiserlichen Verordnung. Unter den Umständen der allgemeinen Armut und des niedrigen Wissensstandes der galizischen Bauernschaft hätten derartige Prämissen für Wucher die Idee freier Vertragsabschlüsse infrage stellen können. Aus Furcht, sich dem Vorwurf eines Verbrechens ausgesetzt zu sehen, hätte die Aktivität potentieller Kreditgeber radikal zurückgehen können. Außer dieser Beschreibung des Gesetzesinhaltes von der negativen Seite her wurden auch positive Voraussetzungen beim Abschluss unerlaubter Kreditgeschäfte definiert. Konnten diese vor Gericht bewiesen werden, zog das die Bestrafung der des Wuchers schuldigen Personen sowie die Nichtigkeit des Geschäftes nach sich.

Die erste Voraussetzung für ein Wuchergeschäft lag in Kreditbedingungen, die den wirtschaftlichen Ruin des Kreditnehmers verursachen konnten. Als zweite Basis, einen Vertrag seitens des Kreditgebers als missbräuchlich zu qualifizieren, galt die Absicht, einen überzogenen Gewinn zu erzielen, der in offensichtlichen Widerspruch zum tatsächlichen Nutzen des Kreditnehmers stand. Die dritte Voraussetzung betraf das Vorliegen von Geistesschwäche, Unerfahrenheit oder „*Gemütsaufregung*“, aufgrund dessen der Kreditnehmer sich nicht dessen bewusst war, dass das abgeschlossene Kreditgeschäft ihn in den wirtschaftlichen Ruin treiben kann. Diese Schwäche des Kreditnehmers musste den Kreditgeber bekannt sein.[20]

Besondere Aufmerksamkeit verdient natürlich der Begriff „*Gemütsaufregung*“ für die Bezeichnung einer Kreditnehmer-Eigenschaft, welche der Kreditgeber hätte ausnutzen können, um Vertragsbedingungen aufzwingen zu können, welche einen übermäßigen Vorteil einbrächten. Dieser Begriff kommt nämlich nicht in der Rechtssprache anderer Staaten vor und ist typisch für die österreichische Legislative. Im Gesetzesentwurf galten zum Beispiel „*schwere Bedrängniß*“ oder „*der Genuß geistiger Getränke*“ als besondere Schwäche.[21] Die Einbringung dieser Gesetzesprämissen war die Reaktion auf die in Galizien häufigen Kreditnahmen von Bauern bei jüdischen Schankwirten. Es war dies die einfachste Möglichkeit auf einen raschen Kredit, aber auch dem Risiko unterworfen, dass der Abschluss für den Kreditnehmer ungünstig werden konnte, wenn er diese Verpflichtung nicht in nüchternem Zustand übernahm. Daher wurde am gleichen Tag wie das Gesetz von 1877 über das Wucher-Verbot bei Kreditgeschäften auch ein Gesetz erlassen, dessen Vorschriften die Trunkenheit hintan halten sollten.[22]

Paragraph 1 drohte jedem Geld- oder Gefängnisstrafe, wer im betrunkenen Zustand in Schenken, Gasthäusern oder anderen öffentlichen Orten Ärgernis erregte. Kraft dieser Vorschrift unterlagen auch Schankwirte einer Strafe, wenn sie an Betrunkene Alkohol ausschenkten. Dagegen waren nach Paragraph 2 dieses Gesetzes Außenstände für im Wirtshaus verabreichte geistige Getränke nicht einklagbar, wenn der Schuldner, der den Alkohol entgegennahm, nicht eine ältere Schuld dieser Art demselben Gläubiger gegenüber beglichen hatte. Zu Recht wiesen Kritiker auf die Absicht hin, mit dem Gesetz vor allem auf Inhaber von Schenken und Wirtshäusern abzuzielen (80% des galizischen Schankgewerbes lag in Händen jüdischer Pächter).[23] Somit waren beide Gesetze von 1877 zur Eindämmung von Gefahren für die gesellschaftliche Ordnung, die sich aus Spannungen zwischen Bauern und der jüdischen Bevölkerung, welche wiederum aus dem prekären Kreditverhältnis im Land resultierten, gedacht.

Der konfessionelle Aspekt im Gesetzesentwurf kam auch während der parlamentarischen Debatte zur Sprache. Die liberalen Abgeordneten hielten den galizischen Gesetzesinitiatoren vor, nicht offen zugeben zu wollen, dass das Gesetz vorrangig gegen Juden und zum Interessenschutz der christlichen Bevölkerung gerichtet war. Zugleich wiesen sie darauf hin, dass die Enteignungsprozesse in Galizien nicht ausschließlich Bauern betroffen hätten. Die Gesetzesgegner führten Statistiken an, die belegen sollten, dass 1/9 der wegen Verschuldung versteigerten Grundstücke jüdisches Eigentum betraf. Mit einer derartigen Argumentation wurde suggeriert, dass der Grund für die galizische Gesetzesinitiative antisemitischen Ursprung sein könnte. Diese Unterstellung von liberaler Seite traf auf eine geharnischte Antwort des Abgeordneten Julian Dunajewski. Der hatte große Wirtschaftskompetenz, war ein talentierter Redner und späterer, langjähriger Finanzminister der Monarchie (1880-1891). Dunajewski erteilte dem Versuch, den Gesetzesentwurf mit der „jüdischen Frage” zu verbinden, eine deutliche Abfuhr und betonte: *„es handelt sich für uns nicht um die Confession Desjenigen, der ausbeutet oder der ausgebeutet wird, wir wünschen nur, dass überhaupt der Ausbeutung nach Kräften [gegen]gesteuert wird*”.[24]

Das Schwergewicht der Gegenargumentation beruhte allerdings auf der Forderung nach unbedingtem Abgehen von Straf-

[20] Ibidem, S. 5.

[21] Ibidem, S. 5.

[22] Gesetz vom 19. Juli 1877 womit Bestimmungen zur Hintanhaltung der Trunkenheit getroffen werden, RGBL 67/1877. Das Gesetz war seinerzeit eine Pionierleistung in der Alkoholismusbekämpfung. Im Paragraph 1 heißt es im zweiten Satz: *„Dieselbe Strafe trifft Inhaber von Gast- oder Schankräumlichkeiten oder deren Beauftragte, welche an Gäste (…) geistige Getränke verabreichen oder verabreichen lassen*”.

[23] CDIAUL, 146/4/5575. Die Konkurrenz um Alkoholausschank- und -verkaufslizenzen bildete in Galizien einen weiteren Schauplatz der wirtschaftlichen Auseinandersetzung zwischen der jüdischen und christlichen Bevölkerung. Das de facto Schankmonopol jüdischerseits, dass auch die Pacht des Propinationsrechts [Berechtigung zur Produktion und zum Ausschank von Alkohol, das in Polen ein Privileg des Landadels war Anm. d. Ü.] beinhaltete, befeuerte ununterbrochen eine antisemitische Grundhaltung. 1911 berichtete der Bezirkshauptmann von Pilzno der Statthalterei, dass *„die antisemitische Bewegung, die während der Vorbereitungen zur Vergabe der Schankkonzessionen vom katholischen Klerus, welcher bereits zu dieser Zeit radikal gegen die Vergabe von Schankkonzessionen an Juden vorzugehen begann, gegenwärtig stark zunahm und hauptsächlich (…) vom Gutsherrn (… und) Pfarrer unter Teilnahme des Stadthauptmanns von Pilzno (…) aufrecht erhalten wird*“.

[24] Vgl. Haus der Abgeordneten – 251. Sitzung der 8. Session am 28. April 1877, S. 8532, ALEX Historische Rechts- und Gesetzestexte. Online [3. 03. 2018]. Die galizischen Abgeordneten (*Koło Polskie*) betrauten J. Dunajewski in allen wesentlichen Fragen mit der Rede, da ihm *„Klarsicht und Stärke des Verstandes, eine rasche Auffassungsgabe in jeglicher Angelegenheit, großes Wissen und Ruhe*“ gegeben sei. Als österreichischer Finanzminister beendete er das ewige Budgetdefizit und stabilisierte die Währung der Monarchie mit einer grundlegenden Reform. Er galt als bester Finanzminister in der Geschichte Österreich-Umgangs. Vgl. hierzu: LITWIN-LEWANDOWSKA, D., *O polską rację stanu w Austrii. Polacy w życiu politycznym Austrii w okresie monarchii dualistycznej* (1867-1918). Lublin, 2008, S. 126 f.

androhung bei Wucher. Wenn sie schon die Bekämpfung von Wucher befürworten sollten, dann nur mittels Nichtigkeitserklärung des missbräuchlichen Vertrags durch ein Zivilgericht. Die Befürworter des Gesetzes verwiesen auf die Ineffizienz der Anti-Wucher-Aktion mittels Zivilklage. Als Strafdrohung stand für den Wucherer bloß ein Gewinnverlust im Raum. Die Androhung eines Freiheitsentzugs war ein stärkerer Aspekt, den Missbrauch anderer zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil zu verringern. Wesentlich in dieser Auseinandersetzung war auch die Frage nach einer Kompetenzerweiterung der Gerichte für einen Eingriff in privatrechtliche Verhältnisse auf Basis unscharfer Rechtsbegriffe, wie *„übermäßiger Gewinn"* oder *„wirtschaftlicher Ruin"*. Gegner dieses Gesetzes befürchteten, dass Gerichte im Falle einer Wucher-Anklage subjektiv und arbiträr Recht sprechen würden.[25] Außerdem würde Gerichten die Courage fehlen, angesichts der allgemeinen Interpretation von nachteiligen Vorschriften Wucher-Verdächtige freizusprechen.

Die Gesetzesvorschriften wurden im Parlament von Justizminister J. Glaser verteidigt. Er betonte hierbei, dass die Erfordernisse einer modernen Legislative nach dem Abgehen von der Vorschriften-Kasuistik eine Hinwendung zu allgemeinen und abstrakten Begriffen verlangen würden.[26] Laut J. Glaser durfte der Gesetzgeber auch den Höchstzinssatzes bei erteilten Krediten nicht so fix festlegen, da er nämlich nicht alle Variablen vorhersehen könne. Daher sollte die jeweilige Situation dem Gericht auf Basis der freien Beurteilung der konkreten Umstände überlassen werden. Die entschlossene Verteidigung des Gesetzesprojektes durch die Reden des Justizministers und politischer Abgeordneter (J. Dunajewski, A. Rydzowski) führte zur Verabschiedung des Gesetzes in seiner ursprünglich vorgesehenen Form, obwohl es starken Druck von liberaler Seite gab, Wucher als Delikt ausschließlich in die Zivilgesetzgebung auszulagern. Die Redaktion der Vorschriften zur Definition von Wucher unterlag jedoch vermutlich deshalb Änderungen, um Zweifel hinsichtlich der rechtlichen Merkmale dieses Vergehens auszuräumen. Die kohärente und allgemeine Definition von Wucher, wie sie im Regierungsprojekt angenommen worden war, wurde im Gesetzestext (grammatisch) sehr erweitert.[27] Der juristische Duktus bei der Definition von Wucher wurde auch beim Gesetz von 1881 beibehalten, das die Gesetzesbeschlüsse für Galizien von 1877, mit minimalen Änderungen, auf die verbliebenen 16 Länder der Monarchie ausweitete.[28] Am meisten allerdings enthielt das kaiserliche Patent über Wucher, dass nach dem Kriegsausbruch 1914 erlassen wurde, diese Missbrauch-Konstruktion, die sowohl Elemente der Definition von 1866, wie auch 1877 beinhaltete.[29]

4. Fazit

Das anfänglich in Galizien – und drei Jahre darauf für die gesamte Monarchie – verabschiedete Gesetz über das Wucher-Verbot bei Kreditgeschäften war unzweifelhaft das Resultat der diagnostizierten Verschlechterung von sozialen Verhältnissen nach der Aufhebung des Wucher-Verbots. Die unbeschränkte Zinsfreiheit mutierte, wie mehrfach betont, zur Wucherfreiheit. Wie erwähnt nahmen die galizischen Politiker, um nicht in den Verdacht von Antisemitismus zu geraten, vom Versuch Abstand, die Problematik des Kampfes gegen den Wucher auf der Ebene eines Konfessionsstreites auszutragen. Nichtsdestotrotz war ihnen die Tatsache bewusst, dass die Aufhebung des Wucher-Verbots von 1868 einen nicht geringen Teil der bäuerlichen Bevölkerung in finanzielle Abhängigkeit von jüdischen Gläubigern gebracht hatte. Das Gesetz vom 1877 sollte der sich fortschreitenden wirtschaftlichen Verschlechterung unter der Landbevölkerung, die geeignet war, ernsthafte soziale und

[25] Der herausragende polnische Jurist J. Makarewicz meinte 1904, dass die galizische bzw. österreichische Judikatur mit den elastischen Begriffen des Gesetzes über den Wucher von 1881 gut zurecht gekommen wären. Er richtete sein Augenmerk deshalb auf dieses Gesetz, da er rechtliche Lösungen für ein weiteres gesellschaftliches Problem, das auf Galizien zur Jahrhundertwende lastete, suchte. Es war dies die ungehemmte Spekulation auf Parzellierungen, die Bauern und Gutsbesitzer gleichermaßen zu schaffen machte. Vgl. MAKAREWICZ, J., Walka ze spekulacyjną parcelacją. In: MAKAREWICZ, J., *Prace rozproszone*. Bd. 2, Lublin, 2002, S. 133 f. 1899 holte die Regierung bei den Behörden Informationen über *„die Existenz eines spekulativen Handels bei Güteraufteilung seit 1894"* ein. Vgl. Rundschreiben von Statthalter L. Piniński vom 27. 02. 1899 an die Bezirkshauptmänner, In: *Archiwum Państwowe w Przemyślu* [Staatsarchiv Przemysl], k & k. Bezirkshauptmannschaft in Tarnobrzeg (74). In seiner Antwort betonte der Bezirkshauptmann von Tarnobrzeg, dass in seinem Bezirk ausschließlich Juden mit der Parzellierung beschäftigt seien. Der Bezirkshauptmann stellte allerdings die positive Seite der abgeschlossenen Verträge in den Vordergrund. Juden würden ihr Kapital zu einem guten Zinssatz (etwa 8 %), den ihnen keine Bank bieten könne, fix anlegen und der Bauer, der wegen mangelnder Liquidität niemals den Grund hätte kaufen können, würde nun dessen Besitzer. Gleichzeitig gab er jedoch seiner Überzeugung Ausdruck, dass Bauern bei der Parzellierung durch die öffentliche Hand wesentlich billiger das Land erwerben könnten.

[26] Vgl. Haus der Abgeordneten – 251. Sitzung der 8. Session am 28. April 1877, S. 8539 f., ALEX Historische Rechts- und Gesetzestexte. Online [3. 03. 2018]. J. Glaser verwies, nicht ohne eine gewisse Genugtuung, auf die treffliche Definition des Wucher-Begriffs: *„Ich glaube der Zustimmung des ganzen hohen Haus sicher zu sein, wenn ich sage: Gelingt es, eine Gesetzesbestimmung zu entwerfen, welche Personen trifft, die solche Menschen arglistig verlocken zur Übernahme von Bedingungen, die sie nicht kennen, deren Tragweite sie nicht zu beurtheilen vermögen, um sie dadurch in's Verderben zu bringen, dann ist die Bestrafung gerechtfertig, dann ist es gerechtfertig, dass man jene Mittel und Wege findet, um auf civilrechtlichem Wege Abhilfe zu schaffen"*.

[27] Gesetz vom 19. Juli 1877 betreffend Abhilfe wider unredlichen Vorgängen bei Creditgeschäften, RGBL 66/1877. Paragraph 1 definierte Wucher wie folgt: *„Wer bei Gewährung von Credit mit dem Creditnehmer Bedingungen eingeht, von denen er weiß, daß sie durch die Maßlosigkeit der dem Creditgeber zugestanden Vortheile das wirthschaftliche Verderben des Creditnehmers herbeiführen oder befördern müssen und daß diese ihre Beschaffenheit dem Creditnehmer in Folge seiner Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemüthsaufregung nicht erkennbar ist, macht sich eines Vergehens schuldig"*. Vgl. Fußnote 19.

[28] Gesetz vom 28. Mai 1881 betreffend Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften, RGBL 47/1881. Paragraph 16 legt fest, dass dieses Gesetz in Galizien das Gesetz vom 19. Juli 1877 ersetzt.

[29] Kaiserliche Verordnung vom 12. October 1914 über den Wucher, RGBL 275/1914. Im Paragraph 2 wurde die Strafbarkeit geregelt: *„Wer vorsätzlich bei Gewährung oder Verlängerung von Kredit den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte seiner Leistung in auffallendem Mißverhälnisse steht"*. Paragraph 1 erklärte jeden Vertrag, der Wucher entsprach, als nichtig. Vgl. Fußnote 7.

gesellschaftliche Unruhen hervorzurufen, Einhalt gebieten. Es erfüllte allerdings nur beschränkt die darin gesetzten Hoffnungen. Zwar begrenzte die Strafandrohung bei Wucher den rücksichtslosen Missbrauch der Bauern, jedoch zwang die andauernde Armut sie in eine ständige Abhängigkeit von Krediten jüdischerseits.

Daher hatte die antisemitische Propaganda radikaler Aktivisten aus der „Volksbewegung" (*Ruch ludowy*) nachhaltigen Erfolg in der galizischen Bauernschaft. Im Frühjahr 1898 befanden sich die westgalizischen Landwirte aufgrund der Missernte im Vorjahr in einer dramatischen Situation: Die Lebensmittelvorräte gingen zur Neige. Abhilfe hätten nur Einkäufe in jüdischen Geschäften auf Kredit bringen können. Allerdings wurde ein solcher nicht gewährt und stattdessen Geschäfte zu Wucherbedingungen vorgeschlagen. Die Mischung aus antisemitischen Vorurteilen und der gleichartigen penetranten Wahlpropaganda des Vorjahres wurden, in Verbindung mit der schwierigen wirtschaftlichen Situation, zum Auslöser der größten pogromartigen Ausschreitungen in Galizien. Sie umfassten einige Bezirke in Westgalizien, wo bis dahin Konflikte zwischen Bauern und Juden bloß lokale Randale waren.

Die galizischen Behörden kamen im Allgemeinen gut mit der Kontrolle und Unterdrückung antisemitischer Agitation zurande. Die Bezirkshauptmannschaft wandten auch die Gesetzesvorschriften von 1881 an, und erstattete bei Klagen und Anzeigen von Bauern wegen Wuchers bei Gericht Strafanzeige. Die Angriffe gegen Juden im Frühjahr und Sommer 1898 bestanden vor allem in der Plünderung und Zerstörung jüdischer Häuser, Marktstände und Geschäfte (Diebstahl von Brot und anderen Lebensmitteln). Die Verwaltungsbehörden riefen Gendarmerie und Militär zur Unterstützung, die das Feuer auf die plündernden Massen eröffnete. In Folge dieser Interventionen gab es Dutzende Tote und über tausend Strafprozesse, die in überwiegender Mehrheit mit Verurteilungen endeten. Die Wiener Regierung verhängte für ein paar Monate den Ausnahmezustand in Galizien.

Die Bedeutung des vertraglichen ehelichen Güterrechts in der Modernisierung des ungarischen Privatrechts

(Significance of the Contractual Matrimonial Property Law in the Modernization of Hungarian Private Law)

Eszter Cs. Herger *

Abstract

Marriage contracts had a high significance in the Hungarian legal praxis in the period of the so called traditional law before 1848, in the 2nd part of the 19th century and also in the first decades of the 20th century. At the time, when the Austrian private code (ABGB) was in force in Hungary, marriage contracts made it possible to agree on the regular domestic legal institutes. After the repeal of the Austrian private law in 1861, marriage contracts enabled the offset from the rules of the so called statutory (consuetudinary) matrimonial property law institutions of the social orders. Marriage contracts contributed to the assimilation of minorities into one nation. The civil feature of contractual matrimonial property law makes itself felt primarily in the respect of private autonomy. Thus, it is not a coincidence that the Family Law Code of 1952 did not even contain it.

Keywords: *matrimonial property law; marriage contracts; codification; ABGB in Hungary.*

1. Die Bedeutung der Eheverträge vor 1861

György Jancsó, Richter am Tafelgericht, Professor des ungarischen Privatrechts und Privatprozessrechts, war an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert der Meinung, die Eheverträge (*contractus matrimonialis*) im traditionellen Privatrecht durch das alltägliche Rechtsleben *„einheimisch wurden"*, waren doch *„in unserer Heimat nie im weiten Kreise verbreitet"*. Er meinte, *„dieses Institut dem Charakter unseres Volkes nicht liebenswert ist"*, und zumeist gebrauchen es die ungarischen Juden und die Ungarndeutschen, weiterhin aber auch die serbische Minderheit.[1] Da auch der Frauenkauf unter den Eherechtsgewohnheiten unserer Vorfahren neben dem Frauenraub dabei war, und dessen nötiges Element die Vereinbarung der vertragschließenden Parteien über den Verband und über den zugehörigen güterrechtlichen Institutionen war, sind nicht nur Jancsós Behauptungen, sondern auch die Übernahme dieser ohne Kritik als problematisch zu erachten.

Es ist keine Frage, dass die Vereinbarung über den Verband (*vinculum matrimonii*) sich nach der Staatsgründung und dem Glaubenswechsel der Ungarn mit der langsamen Ausbreitung der kanonischen Konsensehe von dem güterrechtlichen Vertrag (*contractus matrimonialis*) klar absonderte. Der *contractus matrimonialis* gewann dann mit zwei güterrechtlichen Instituten, mit dem verschriebenen Treuelohn (*dos scripta vel contractualis*) und mit der Mitgift (*allatura*) eine neue Rolle. Debattelos ist es ebenso, dass die Eheverträge auch im modernen Sinne definiert werden können und die Vereinbarung über die güterrechtlichen Institute bei Frauenkauf – sei es ein wahrer Kauf oder ein solches Rechtsgeschäft, wo der Kaufcharakterzug schon verschwand – nicht unter die moderne Bedeutung gezogen werden kann. Im modernen Sinne kann nur das güterrechtliche[2] Verhältnis Gegenstand eines Ehevertrags sein. Die verschiedenen Vertragstheorien der Aufklärung und auf diesem Ideengrund zahlreiche Rechtsquellen von der Verfassung von Frankreich 1791 bis zum Ehepatent von Kaiser Josef II vom 16. Januar 1783 definierten die Ehe – mit Anspruch auf die Säkularisierung – als bürgerlicher Vertrag. Es gab aber im Ehebegriff des österreichischen ABGB[3] (1811), das für etwa ein Jahrzehnt (von 1. Mai 1853 bis 23. Juli 1861)[4] formaler Teil des ungarischen Rechtssystems war, und in der ungarischen Rechtsliteratur vor und nach 1848 keinen Zweifel darin, dass

* Dr. habil. Eszter Cs. Herger, Dozent, Universität Pécs, Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften, Pécs, Ungarn.
Die Übersetzung der Zitate im Beitrag stammt vom Autor.

1 JANCSÓ, Gy., *Házassági és házastársi öröklési jog*. Budapest, 1901, S. 807-808. (Die Übersetzung der Zitate im Beitrag stammt vom Autor.)

2 In der ungarischen Privatrechtswissenschaft herrscht die Auffassung, dass das eheliche Güterrecht die wirtschaftliche Gemeinschaft der Ehegatten regelt. Darunter versteht man die vermögensrechtlichen Rechtswirkungen der Ehe, die familienrechtlichen Charakter haben. KŐRÖS, A., A házassági vagyonjog korszerűsítésének elvi kérdései [Grundsätzliche Fragen der Modernisierung des ehelichen Güterrechts]. In: *Polgári Jogi Kodifikáció,* Nr. 2, 2001, S. 3-9.

3 Siehe § 44 im Vergleich zum § 1217.

4 Vgl. HERGER, E.CS., Die Quellen des ungarischen Eherechts und die Wirkung des ABGB-Eherechts auf die ungarische Rechtsentwicklung. HERGER, E.CS. – KISSICH, S. – STEPPAN, M. (Hrsg.), *Gemeinsame Wurzeln und Elemente des österreichischen und ungarischen Familienrechts* (= Grazer Rechtswissenschaftlichen Studien Bd. 67). Graz, 2018, S. 19-32.

der Ehekonsens und der güterrechtliche Vertrag sich voneinander unterscheiden.

Da die ungarische Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert auf die Institute des ehelichen Güterrechts (Errungenschaftsgemeinschaftsgut,[5] Treuelohn[6] und Mitgift[7]) und nicht auf Güterrechtssysteme fokusierte, wurden die Eheverträge bloß unmittelbar, bei Darstellung der einzelnen Institute behandelt. Eheverträge waren geeignetes Werkzeug zur Gestaltung der gesetzlichen, von ständischer Stellung abhängigen güterrechtlichen Institute und zur Vereinbarung über weitere rechtsgeschäftliche Institute. Die ständische Gliederung wurde 1848 formell aufgehoben, im ehelichen Güterrecht verblieb aber die Bedeutung der sozialen (ständischen) Stellung. Die Werke von István Czövek[8], János Jung[9], Pál Szlemenics[10], János Alsóviszti Fogarasi[11] und dem Anhänger der deutschen historischen Rechtsschule, Ignácz Frank[12] sind gute Beispiele dazu, dass die Rechtsliteratur der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Eheverträge im Grunde genommen nur in zwei Fragen erörterten: Diese waren die Rolle des Willens der Vertragsschließenden im Vergleich zu den gesetzlichen Instituten und der Beweis der mündlichen oder schriftlichen Vereinbarung.

Hiervon folgen doch Jancsós zitierte Behauptungen nicht. Über die geschriebenen Eheverträge, die in zahlreihen Quellensammlungen der Volkskunde zu finden haben, hatten auch die mündlichen Vereinbarungen einen Anteil im alltäglichen Rechtsleben in vielen Regionen von Ungarn. Die Bedeutung der Eheverträge wuchs in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts unabhängig von ethnischer Zugehörigkeit. Freilich beeinflussten auch die verbürgerlichenden Lebensverhältnisse diese Umwandlung, eine unmittelbare Wirkung hatte aber das Inkrafttreten des ABGB von 1. Mai 1853 ab an der Stelle des traditionellen ungarischen Rechts.

Die Platzierung des ehelichen Güterrechts im Zweiten Teil des ABGB einerseits vom persönlichen Eherecht (§ 44-100) abgetrennt, andererseits im sogenannten persönlichen Sachenrecht (im Schuldrecht) unter dem Titel „*Von den Ehepakten*“ (XXVIII. Hauptstück, § 1217-1266) integriert, drückte diejenige Ansicht des Rechtssetzenden aus, dass dieses Rechtsgebiet grundlegend vertraglichen Charakter hat. Dem Begriff der Ehepakten (§ 1217) folgte die Regelung der einzelnen Institute ohne eine Gegenüberstellung der vertraglichen und gesetzlichen Normen, sogar gebrauchte man den Ausdruck gesetzliches Güterrecht oder gesetzlicher Güterstand überhaupt nicht. Aber ohne einen Ehepakten hatte die Ehe auf das Vermögen der Ehegatten keine Wirkung, so mangels des vertraglichen Rechts setzte sich Gütertrennung durch (§ 1237). Das ABGB bezeichnete diejenigen Verträge als Eheverträge (Ehepakten), „*welche in der Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden*“ (§ 1217). Das Heiratsgut der Braut (§ 1218), die Widerlage des Bräutigams (§ 1230-1231), die Morgengabe (§ 1232), das Witwengehalt (§ 1242-1244), die Schenkung (§ 1246-1247), die Gütergemeinschaft auf den Todesfall (§ 1233-1236), das Advitalitätsrecht (§ 1255-1256) und der Erbvertrag (§ 1249-1254) waren aber nicht ausschließliche, sondern nur „*vorzügliche*“ Gegenstände der Ehepakten (§ 1217).

Merkwürdig ist, dass wie die Widerlage als Treuelohn und die Morgengabe als Hochzeitsgeschenk in der zweiten, authentischen ungarischen Ausgabe des ABGB in Pest 1870 übersetzt wurden. Die ungarischen Juristen sprachen zu dieser Zeit gutes Deutsch, so kann man die offensichtlich falsche Übersetzung nur damit erklären, dass es auf die Absicht verweist, die Institute des ABGB zu den traditionellen Instituten des ungarischen Rechts anzunähern. Einen auffälligen Unterschied gibt es ferner zwischen der österreichischen Gütergemeinschaft und der ungarischen Errungenschaftsgemeinschaft. Die Gütergemeinschaft des ABGB vereinbarten die Eheleute nur für Todesfall, und inhaltlich bedeutete sie eine allgemeine oder eine beschränkte Gütergemeinschaft – vom Willen der Ehegatten abhängend. Demgegenüber war das Errungenschaftsgemeinschaftsgut (*coacquisita conjugum*) in der beschränkten ungarischen Errungenschaftsgemeinschaft gesetzliches Institut der Bürger und Bauer. Das Advitalitätsrecht des ABGB bedeutete das Nutznießungsrecht der verwitweten Frau oder des verwitweten Mannes, war aber das Witwenrecht in Ungarn (*ius viduale*) ausschließlich die Berechtigung der Witwe auf den vollen Nachlass ihres verstorbenen Ehemannes auf die Zeitdauer ihres Witwenstandes.[13] Diese gesetzliche Berechtigung unterschied sich auch von dem Witwengehalt des ABGB, das zu der Verpflegung der Witwe diente bis zu einer neuen Ehe. Im ABGB-Ehegüterrecht gab es also zum Vergleich des ungarischen traditionellen Rechts nur ähnliche, aber nicht gleiche Institute. Falls doch unsere ungarischen Vorfahren gegenüber dem österreichischen Recht dem

[5] Vgl. HERGER, E.CS., Ist die Zugewinngemeinschaft ein deutsches Phänomen? Die konzeptionellen Umgestaltungen der Errungenschaftsgemeinschaft im ungarischen Ehegüterrecht. In: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, Nr. 1, 2018, S. 81-101.

[6] Vgl. HERGER, E.CS., A törvényes és az írott hitbér Baranyában 1848 után [Der verschriebene und gesetzliche Treuelohn im Komitat Baranya nach 1848]. In: NAGY, J.T. (Hrsg.), Szokásjog és jogszokás I. [Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheit]. Szekszárd, 2016, S. 139-164.

[7] Vgl. HERGER, E.CS., Die Mitgift: Beiträge zur Ausdeutung des traditionellen Familienmodells im ungarischen Ehegüterrecht. In: *Journal on European History of Law*, Nr. 2, 2017, S. 42-49.

[8] CZÖVEK, I., *Magyar hazai polgári magános törvényről írt tanítások* [Belehrungen über das ungarische, heimische Privatgesetz]. Pest, 1822, S. 223-224, 234, 242 und 247.

[9] JUNG, J., *Darstellung des Ungarischen Privat-Rechtes nachdem in seiner Art als classisch allgemein anerkannten Werke: Institutiones Juris privati Hungarici des Herrn Emerich Kelemen.* Bd. II, Wien, 1918, S. 89.

[10] SZLEMENICS, P., *Közönséges törvényszéki polgári magyar törvény* [Allgemeines ungarisches Privatgesetz der Gerichtshöfe]. Pozsony, 1923, S. 434. und 457.

[11] ALSÓVISZTI FOGARASI, J., Magyarhoni magános törvénytudomány elemei [Elemente der ungarischen Privatrechtswissenschaft]. S. 124-125. und 131-132.

[12] FRANK, I., *A közigazság törvénye Magyarhonban* [Das Gesetz der öffentlichen Gerechtigkeit in Ungarn]. Buda, 1845, S. 533.

[13] HERGER, E.CS., Adalékok az özvegyi jog történetéhez. Az özvegyi jog gyakorlata 1848 után Baranya vármegyében [Beiträge zur Geschichte des Witwenrechts. Die Praxis des Witwenrechts nach 1848 im Komitat Baranya]. In: *Jogtörténeti szemle,* Nr. 2, 2016, S. 32-39.

ungarischen anhingen, hatten sie dazu mit Hilfe eines Ehevertrags eine Möglichkeit. Der vertragliche Charakter des ABGB-Ehegüterrechts erwies sich so weitgehend vorteilig.

2. Die Eheverträge im ungarischen Rechtsleben nach 1861

2.1 Das vertragliche Ehegüterrecht in der Rechtsliteratur und in den Gesetzen

In der heimischen Rechtsliteratur waren zwei grundlegenden Veränderungen von den 60er Jahren des 19. Jahrhunderts an im Vergleich zu der früheren zu bemerken. Einige sprachen weiterhin über die Verbindung von gesetzlichen (gewohnheitsrechtlichen) und rechtsgeschäftlichen Institute und nicht über Güterrechtssysteme, findet man aber in vergleichenden rechtshistorischen Werken schon eine Systematisierung. Das vertragliche Güterrecht erschien also nicht mehr nur indirekter Weise. Die zweite ist, dass wie das ABGB, so auch die deutsche historische Rechtsschule die ungarische Rechtsliteratur prägte. Einerseits beeinflusste das österreichische Gesetzbuch die Denkweise der auf dem ABGB erzogenen ungarischen Juristengeneration. Dies verwandten die Richter der königlichen Curia, des ungarischen Obergerichts – wegen Mangel der Rechtseinheit[14] – nach wie vor, und die Rechtswissenschaft arbeitete das österreichische Privatrecht systematisch auf. Andererseits kannten die ungarischen Juristen die von der historischen Rechtschule gebildeten Begriffe und Kategorien, obwohl sie diese nicht unbedingt gebrauchten.

Die ungarischen Gesetze des Zeitalters gaben den genauen Begriff der Eheverträge nicht an. GA 1874: XXXV über die königlichen Notare und dessen Modifizierung (GA 1886: VII) zählte die Rechtsgeschäfte auf, derer Gültigkeit zu notariellen Urkunde gebunden war (§ 22). Die Gerichtspraxis nahm an, dass *„die Ehegatten berechtigt sind ihre güterrechtlichen Verhältnisse vertraglich zu ordnen“*, und die Rechtswissenschaft übernahm diese allgemeine Definition.[15] Ein Unterschied zwischen dem engeren und weiteren Sinne ist allerdings aufgrund des modifizierten Gesetzes über die königlichen Notare (§ 22) zu erkennen. Zu engerem Sinne gehörten nur die Verträge über die güterrechtlichen Institute, zum Weiteren aber auch andere, ehebedingten oder von der Ehe unabhängige Verträge der Eheleuten.

2.2 Die Subjekte der Eheverträge

Subjekte eines Ehevertrags konnten neben dem Mann und der Frau auch die Verlobten sein. Die Privatrechtswissenschaft begründete diese Regel mit der Definition der Eheverträge im Gesetz über die königlichen Notare.[16] Eine Besonderheit des ungarischen Privatrechts war, dass eine Dritte nicht nur als gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigte, sondern auch als selbständiges Subjekt an dem Vertrag beteiligen konnte. Im Ehevertrag verfügte man letztwillig oder unter Lebenden, doch war auch die Vermischung der Verfügungen mit unterschiedlichem Charakter möglich. Dritte Person als selbständiges Vertragssubjekt konnte sich verpflichten oder Berechtigung annehmen in beiden Wegen. Falls die Vertragschließenden für einen Ehegatten oder zugunsten einer Dritten eine Zuwendung auf den Todesfall bestimmten, wurde dieser Teil des Vertrags nach den Regeln des Erbrechts beurteilt. Der Vertrag war in solchen Fällen nur dann gültig, wenn sich auch die Formvorschriften der Erbverträge erfüllten.[17]

Valentin Schenk und seine Braut Theresia Ritzl beziehungsweise die Eltern des Bräutigams schlossen in Palotabozsók, im Komitat Baranya 1861 einen deutschsprachigen Ehevertrag. Leider kennt man aus den Prozessakten der späteren Rechtsstreitigkeit nur das Jahr des Paktes (und vermutlich der Eheschließung), aber die Monat und den Tag nicht, obwohl der genaue Zeitpunkt juristische Bedeutung gehabt hätte, da das ABGB in Ungarn bis 23. Juli 1861 in Geltung war. Johann Schenk und seine Ehefrau Katalin Schmiedt verpflichteten sich im Ehevertrag auf die Übergabe der Hälfte ihres 5/8 Grundstücks in Eigentum ihres Sohnes und ihrer zukünftiger Schwiegertochter, und demgegenüber bekamen sie die 800 Forint Bargeldmitgift der Braut, die sie beabsichtigten in ihre Liegenschaft zu investieren. Über die Übergabe und Sicherstellung der Mitgift wurde am 5. Dezember 1862 in Dunaszekcső eine Quittung ausgestellt, die Personennamen waren aber auch in diesem ungarischen Dokument auf Deutsch geschrieben. Johann Schenk und seine Frau, die statt Unterschrift nur einen X neben ihren Namen schrieb, erkannten die Übernahme des eingebrachten Vermögens der Braut *„im Jahre 62, an der Woche von Heiligen Michael“*. Sie ließen dem Vater von Theresia, Herrn Gaspar Ritzl die Hypotheke im Wert *„der ihnen in Hand gegebenen Mitgift für ihre oben genannte Tochter ins Grundbuch Nr. 216 von Palotabozsók ohne weitere Frage (…) einschreiben“*.[18]

Schenk Valentin, der in den Prozessschriften ungarisch Bálint Schenk genannt wurde, starb kurz danach. Seine Witwe, *„auch als natürlicher und gesetzlicher Vormund ihrer minderjähriger Kinder“*, bat den Schwiegervater um die Hälfte der im Ehevertrag genannten Liegenschaft beziehungsweise die Hälfte dessen Kaufpreises vor dem Komitatsgerichtshof Baranya. Das erstinstanzliche Urteil, das die Abweisung der Klage enthielt, wurde am 5. Dezember 1871 gefallen.[19] In der Berufung präzisierte die junge Witwe ihre Klage vor dem Tafelgericht in Pest. Sie forderte jetzt mit Erfolg 1.300 Forint Kapital und dessen Zuschüssen: Das Tafelgericht verpflichtete den Beklagten am 19. März 1872 *„das Eigentumsrecht der Klägerin zur Hälfte der*

14 Obwohl das traditionelle ungarische Privatrecht nach 1861 in Ungarn wieder in Kraft war, blieb das ABGB in den Ländern der Ungarischen Krone in Geltung. Vgl. MÁRKUS, D. *Az osztrák Általáns Polgári Törvénykönyv mai érvényében* [Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in seiner heutigen Geltung]. Budapest, 1907.

15 JANCSÓ, *Házassági*, S. 807-809.

16 JANCSÓ, *Házassági*, S. 811.

17 ZLINSZKY, *A magyar magánjog mai érvényében különös tekintettel a gyakorlat igényeire* [Das ungarische Privatrecht in seiner heutigen Geltung mit besonderer Hinsicht auf die Bedürfnisse der Praxis]. Budapest, 1902, S. 597.

18 Komitatsarchiv Baranya des Ungarischen Nationalarchivs (MNL BML) VII/2 b II/849/1872 Quittung ohne Nummer.

19 MNL BML VII/2 b II/849/1872 3293p/1871.

unter richterlichem Depositum stehenden 1.300 Forint (…) und das Erbrecht der minderjährigen Kinder der Klägerin zur anderen Hälfte der obigen Summe zu erkennen". Nach der Begründung legte die Klägerin den originalen Ehevertrag vor, dessen Gültigkeit der Beklagte nicht gestritten hat, so *„er ist völlig glaubhaft"*. Die beigelegte Quittung bewies die Übergabe der Mitgift, *„so war der Ehevertrag, durch den der Verstorbene und seine Frau das Eigentumsrecht zur Hälfte der Liegenschaft gewann, ohne Zweifel in Geltung getreten." „Der Beklagte und seine Frau verkauften die Liegenschaft am 21. August 1863, zwei Jahren nach dem Ehevertrag, (…) und diesen Kaufvertrag unterschrieben die Klägerin und ihr Ehemann, (…) verzichteten sie doch auf ihr Eigentumsrecht durch die Unterschrift nicht, sogar (…) behielten sie ihr Recht zur Hälfte des Kaufpreises (…) auf."* [20] Die königliche Curia bestätigte aber das erstinstanzliche Urteil nach der Berufung des Beklagten am 23. Juni 1873: Die Klage wurde mit der Begründung abgewiesen, dass die Klägerin und ihr verstorbene Ehemann *„durch die Verpflichtung von Herrn und Frau Schenk im Ehevertrag kein Eigentumsrecht, sondern nur den erwünschten Titel zum Eigentumserwerb gewannen"*, aber selbst das Eigentumsrecht erwarb eine Dritte durch den Kaufvertrag.[21] In den Prozessschriften befand sich kein Hinweis auf das ABGB. Es bedeutet aber noch nicht, dass Valentin Schenk seine Braut Theresia Ritzl nach 23. Juli 1861 heiratete: Ihr Ehevertrag richtete inhaltlich eindeutig auf die Institute des ungarischen Ehegüterrechts, die von dem Gericht aufgrund dem ungarischen Recht beurteilt wurden.

Das Komitatsgerichts Baranya fiel Urteil im Rechtsstreit vom Gergely János Kis gegen Bence Borbás um Feststellung von Eigentumsrecht und Übergabe von Liegenschaften am 3. September 1867. Das Gericht wies die Klage mit der folgenden Begründung ab: Der Beklagte und seine Frau *„nannten Gergely János Kis ihr Erbe (…) und ließen ihm gleichzeitiges Eigentumsrecht auf das Haus Nr. 87 an der Seite 52 des Grundbuchs von Kővágószőlős, auf das L' Grundstück und auf die Weingarten Nr. 1-10, wurde aber dieses Recht ins Grundbuch nicht registriert"*.[22] Im erneuten Prozess wurde die Klage am 13. April 1869 vom Komitatsgericht Baranya wieder abgewiesen. Die Begründung war diesmal folgende: *„Der Grund der Klage ist der zweiseitige Erbvertrag, und drin wurden die Liegenschaften vom Beklagten dem Kläger mit der Bedingung übergeben, dass er nicht nur zum Unterhalt und Bekleiden verpflichtet ist, sondern auch ihn (den Beklagten) zu ehren. Der Kläger misshandelte dem Beklagten (…) schwer und mehrmals, er beleidigte ihn, und löste so den Vertrag (…) selbst auf."* [23] Im erneuten Prozess fiel das Tafelgericht in Pest am 24. Januar 1871 Urteil. Er fand, *„der am 10. Mai 1861, unter der Geltung der österreichischen Gesetze geschlossene Vertrag (…) ist aufgrund der gleichen Gesetze zu beurteilen. Da gemäß § 602 des ABGB im Ehevertrag letztwillig nur Ehegatten vereinbaren dürfen, ist die Verfügung für eine Dritte in diesem Vertrag rechtlich ungültig"*.[24] Die königliche Curia bestätigte dieses Urteil am 27. Juni 1871 ohne Begründung.[25]

Borbás Bence und seine Ehefrau schlossen also ihren Ehevertrag am 10. Mai 1861, etwa 2,5 Monaten vor der Außerkraftsetzung des ABGB in Ungarn. Erstaunlicherweise begründete nur das zweitinstanzliche Gericht im erneuten Prozess seine Entscheidung mit dem Recht, das zur Zeit des Vertragsschlusses in Geltung war. Dies verweist aber auch auf den Unterschied zwischen dem österreichischen und ungarischen Recht. Nur Ehegatten hatten die Möglichkeit gemäß dem österreichischen Recht (§ 602) einen Erbvertrag zu schließen, mit den Förmlichkeiten eines schriftlichen Testaments (§ 1249), als die heimische Gerichtspraxis auch die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung für eine Dritte im Ehevertrag anerkannte.[26]

Im schlechten Zustand wurde derjenige, am 8. Oktober 1856, in Mohács geschlossene deutschsprachige Ehevertrag aufbewahrt, in welchem György Brahmann und Katalin Schiebelhut Anwärter des völligen Vermögens der verwitweten Mutter der Braut wurden. Im Punkt 4 des Ehevertrags gab aber die Mutter eine Leibrente für György Fischer im gleichen Vermögen bis zu seinem Tod. Die Klausel des Vertrags wurde schon ungarisch notiert: *„Die Leibrentebelastung wurde ins Grundbuch Nr. 16 von Szajk, auf das Haus und 5/4 Grundstück (…) auf den Namen von György Fischer vorgemerkt. Pécs, 12. Juli 1866."* [27] Herr Fischer forderte vor dem königlichen Gerichtshof Pécs die Zusprechung der Leibrentenbelastung gegen das junge Ehepaar. Das Gericht gab am 29. Oktober 1874 der Klage statt, und verpflichtete die Beklagten *„auf regelmäßige, jährliche Leistung der Leibrente gemäß dem Punkt 4 des beigelegten Vertrags, (…) nachdem sie das Eigentumsrecht erwarben."* [28] Dieser Vertrag, der unter der Geltung des ABGB in Ungarn geschlossen wurde, ist wegen mehreren Hinsichten von Interessant: Einerseits war außer den Verlobten und der Mutter auch György Fischer Vertragssubjekt, andererseits enthielt er auch zwei letztwillige Verfügungen, und eine der zwei für eine Dritte. In der Begründung gab es keinen Hinweis auf das österreichische Recht.

2.3 Die Zeitpunkt der Vertragsschließung

Einen Ehevertrag konnte man in Ungarn vor oder nach der Eingehung der Ehe schließen. Typischer Fall war, dass die Verlobten sich am Tag der Trauung vereinbarten, aber diesem Vertrag konnten auch weitere folgen. Im Ehevertag von Fridrich Krügel und Anna Wagner vom 3. Mai 1858 vereinbarten die Vertragschließenden nicht nur über den verschriebenen Treuelohn und die Immobilienschenkung, sondern auch über das Schicksal des zukünftigen Errungenschaftsgemeinschaftsgutes und der Mit-

[20] MNL BML VII/2 b II/849/1872 6279p/1872.
[21] MNL BML VII/2 b II/849/1872 6521p/1873.
[22] MNL BML VII/2 b II/154/1872 2248p/1867.
[23] MNL BML VII/2 b II/154/1872 1432p/1869.
[24] MNL BML VII/2 b II/154/1872 21585p/1870.
[25] MNL BML VII/2 b II/154/1872 4788p/1871.
[26] HERGER, E.CS., „Meine Seele rekommandiere ich in Gottes endlose Barmherzlichkeit…" Letztwillige Verfügungen in Pécs unter der Geltung des österreichischen Zivilrechts. In: HOLCMAN, B. – STEPPAN, M. (Hrsg.), *Festschrift für Gernot Kocher zum 75. Geburtstag.* Maribor, 2017, S. 181-196.
[27] MNL BML VII/2 b II/832/1872 Ehevertrag ohne Nummer.
[28] MNL BML VII/2 b II/832/1872 6268p/1874.

gift der Braut, dann am 2. Februar 1859 schlossen sie einen neuen über die Schenkung von weiteren 4.000 Forint für den Todesfall des Mannes.[29] Dieser Schenkungsbrief stornierte den früheren Vertrag nicht, und die Witwe setzte seine Forderungen gegenüber den gesetzlichen Erben vor dem Gericht erfolgreich durch.

György Hein und seine Ehefrau Erzsébet Gradwohl schlossen während ihrem ehelichen Zusammenleben einen Ehevertrag: Die Frau verfügte über ihr Sondervermögen zugunsten seines Mannes auf ihren Todesfall. Ihrer Errungenschaftsgemeinschaftsanteil, da ihre Ehe ohne Kinder blieb, erbte der Ehemann gesetzlich (*successio coniugalis*), so er wurde im Vertrag nicht erwähnt. Der verwitwete Mann strengte einen Prozess um Zusprechung der im Ehevertrag ihm zugewandten zwei Weingarten gegen den Bruder seiner Frau an, die am 19. Februar 1891 verstarb. Der königliche Gerichtshof in Pécs wies die Klage am 16. Januar 1891 ab und gab der Widerklage statt: Er sprach die Liegenschaften wegen dem Fehlen von gesetzlichen Nachfolgern den Beklagten, János Gradwohl und Anna Rozinger, und verpflichtete den Kläger sie ihnen in Besitz zu übergeben. Die Begründung war wie folgt: *„Obwohl der Kläger im Ehevertrag (…) vereinbartes Erbrecht hatte, verzichtete er sich doch darauf in der vor dem Gericht eingebrachten originalen Erklärung Nr. 2 zugunsten der Beklagten. (…) Da der Kläger keine Gegenschrift vorlegte, sind diese Tatsachen als anerkannte zu erachten (…)"*.[30]

2.4 Die Förmlichkeiten der Eheverträge

Vorschriften über die Förmlichkeiten gab es im heimischen Recht vor dem ersten Gesetz über die königlichen Notaren (1874) nicht. Da auch eine Dritte (Verwandten, sogar Fremden) sich auf die Bezahlung von Mitgift oder Treuelohn beziehungsweise Gegentreuelohn im ungarischen Recht verpflichten konnte und der GA 1886: VII nur die Rechtsgeschäfte zwischen den Ehegatten an notarielle Urkunde knüpfte, erwartete man in solchen Fällen auch in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts nicht mehr, wie allgemein bei schriftlichen oder mündlichen Verträgen.

Die Beweisschwierigkeiten bei mündlicher Vereinbarung über Mitgift und bei Übergabe der Mitgift zeigten sich klar in der Praxis. Der Gerichtshof der königlichen Freistadt Pécs fiel Urteil mit Stimmenmehrheit am 25. November 1870 in der Erbschaftsstreitigkeit von Mária Pertsevits gegen Júlianna Martinovits um Ausgabe von Errungenschaftsgemeinschaftsanteil und Mitgift. Das Gericht gab der Klage teilweise, in Hinsicht der Hälfte des Errungenschaftsgemeinschaftsgutes statt, doch lehnte die Klage um 234 Forint 78 Kreuzer Bargeld als Mitgift mit der folgenden Begründung ab: Obwohl die Klägerin mit Standesregisterauszug über Todesfall glaubwürdig bewies, dass die zweite Frau des verstorbenen Testators, József Martinovits diejenige Mária Pertsevits war, mit welcher *„sie ihre Blutverwandtschaft ebenso bewies"*, bekannte die Übergabe der Mitgift nur ein einziger Zeuge, der ihre Verwandte ist. Genauso ein Zeuge behauptete, dass *„József Martinovits schreibkundig war, sogar seine Frau als Miteigentümer registrieren ließ, (…) und sie eine Vereinbarung über die Überschreibung machten, und als dessen Ursache wurde behauptet, dass die Frau ihr Erbe als Mitgift in die Ehe zu ihrem Mann einbrachte"*. Die schriftliche Vereinbarung legte die Klägerin nicht vor, und gegenüber der Verneinung der Beklagte *„sagte nur ein Zeuge die Vertragsschließung für geschehene, und darum war die Mitgiftforderung nicht spruchreif."*[31] Diesen Teil des Urteils bestätigte das Tafelgericht in Pest[32] und auch die königliche Curia.[33]

2.5 Die Vertragsobjekte

Im Ehevertrag konnten die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse teilweise oder völlig ordnen, also die mit dem Vertrag nicht ausgeschlossenen oder nicht veränderten gesetzlichen Institute setzten sich weiterhin durch. Das modifizierte Gesetz über die königlichen Notare listete die eventuellen *„Vertragsgegenstände, die die güterrechtlichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten als solchen"* regelten, ausdrücklich nicht (§ 22 a,), trotzdem ist es offensichtlich, waren diese in erster Linie die Mitgift und der verschriebene Treuelohn, in zweiter Linie aber auch die gesetzlichen Institute. Über die weiteren Objekte der Eheverträge gab es aber eine komplette Liste (§ 22 b, und c,): Zu diesem Kreis gehörten der Kauf, der Tausch, die Leibrente, das Darlehen, die Immobilienmiete und der Pacht, das Schuldbekenntnis, die Zession, die Übergabe des Eigentumsrechts oder Nutzung, und letztlich die Schenkung. Meistens vereinbarten die Ehegatten nicht nur über ein Institut, sondern eine umfassende Vereinbarung wurde getroffen.

Während der Treuelohn nur ausnahmsweise vorkam, war die Mitgift häufiges Objekt der Eheverträge unter den archivalischen Quellen im Komitat Baranya, im geprüften Zeitraum. Charakteristisch war auch die Schenkung oder die mit Kauf vermischte Schenkung unter den Ehegatten. Mária Frühkauf hing einen Prozess gegen ihre Mutter, Frau Frühkauf geborene Mária Hauer und ihre sechs Geschwister um Vertragsannullierung, Stornierung der Registrierung vom Eigentumsrecht und um in integrum restitution am 23. Oktober 1890 an. Das ablehnende Urteil wurde am 24. Januar 1893 damit begründet, dass *„der Vater, Nándor Frühkauf im Jahre 1884 und dann bis zu seinem Tod wegen Geisteskrankheit nicht unter Kuratel gestellt wurde, sogar wurde um dies nie gebeten"*. Der Vertrag zwischen den Ehegatten wurde vor dem königlichen Notar Mihály Bubreg in Pécs am 15. März 1886 geschlossen, der *„keinen Fehler oder besorglichen Umstand bemerkte. (…) Aus diesem Grund den Vertrag für ungültig zu erklären ist unmöglich. Gegenüber diejenige Behauptung der Beklagte, Frau Frühkauf, dass der Kauf wahr war, und sie vorhergehend 2.800 Forint, dann vor dem Unterschreiben der notariellen Urkunde noch 1.200 Forint ihrem Ehemann bezahlte, (…) legte die Klägerin keinen Gegenbeweis vor"*.[34] Obwohl das Tafelgericht in Pécs dieses Urteil

[29] MNL BML VII/2 b II/946/1842 Eheverträge ohne Nummer.
[30] MNL BML VII/2 b II/11/1890 12361p/1890.
[31] MNL BML VII/2 b II/168/1872 729p/1868.
[32] MNL BML VII/2 b II/168/1872 18676p/1871.
[33] MNL BML VII/2 b II/168/1872 9023p/1872.
[34] MNL BML VII/2 b II/471/1890 20p/1893.

bestätigte,[35] stellte die königliche Curia am 29. Mai 1894 fest, dass *„das Rechtsgeschäft teilweise, über 4.000 Forint als Schenkung zu erachten ist, und die Kläger als Erbe im Sinne des § 4 der Beschlüsse der Judex-Curial-Konferenz 1861 berechtigt wäre die Schenkung zu beschränken“*,[36] bat sie aber (um Beschränkung) in ihrer Klage nicht.

Bei Schenkung unter Ehegatten gab es auch eine weitere Beschränkung: Der Beschenkte war bis zum Maß des Geschenks für die Schulden seines Ehegatten verantwortlich. Elemér Jenczy forderte 30.000 Krone und dessen Zuschüsse von Károly Galánthai Nagy. Die Entscheidung in ihrer Rechtsstreitigkeit erging am 19. Dezember 1902. Das Gericht verpflichtete den Beklagten diese Summe und die Zuschüsse *„innerhalb 15 Tage unter der Last der sofortigen Vollstreckung auf die in der notariellen Urkunde bezeichneten, drei, je in 5.000 Forint Nennwert, zwei, je in 1.000 Forint Nennwert und zehn, je in 100 Forint Nennwert (…) als militärische Ehesicherung abgelegte Pfandbriefe“*. Das Gericht begründete sein Urteil auf den Schenkungsbrief vom September 1898 und auf das Urteil Nr. 4671p/1899 der königlichen Curia, das die Ehefrau des Beklagten, Gizella Károlyi, die die einzige Erbin ihrer Mutter war, auf die Zahlung von 15.000 Forint und dessen Zuschüssen verpflichtete. *„Frau Galánthai Nagy geborene Gizella Károlyi – so setzte sich die Begründung des Urteil vom 19. Dezember 1902 fort – schenkte während dem Prozess (gegen sie) die oben genannten, als militärische Ehesicherung abgelegte Pfandbriefe, die ihre einzigen Vermögensgegenstände waren, seinem Ehemann. Da Károly Galánthai Nagy (…) außer diesen geschenkten Wertpapieren kein Vermögen hat, und da (…) Gizella Károlyi die Pfandbriefe aus ihrem Erbe erwarb: Ist der Beklagte als Beschenkte bis zum Wert der geschenkten Vermögensgegenstände für die Schulden der Schenkerin, die vor der Schenkung entstanden, verantwortlich.“*[37]

Unter den geprüften Quellen befanden sich viele Verträge, in denen die Ehegatten auch ein oder mehrere gesetzliche güterrechtliche Institute benannten, aber sie nicht vom gesetzlichen Recht abweichend regelten. Bei Aufteilung des Errungenschaftsgemeinschaftsgutes hätten die Ehegatten zum Beispiel von der 50-50 prozentuellen Quote abweichen können oder den Kreis der von der Errungenschaftsgemeinschaft ausgenommenen Vermögensgegenstände modifizieren können, solche Fälle wurden aber nicht gefunden. Die nicht ehebedingte Verträge der Ehegatten, unter anderem über Darlehen, Kauf oder Zession, die die Ehegatten auch mit einer Dritten geschlossen hätten, hatten zur Zeit der Auflösung der Ehe große Bedeutung. Falls diese die Vermischung der Sondergüter ergab, entstand ein Ersatzanspruch, den das Gericht bei der Beurteilung der güterrechtlichen Forderungen hinzunahm. So richteten die geprüften Quellen die Achtung auch auf die Verbindung des ehelichen Güterrechts (*leges speciales*) in das allgemeine Privatrecht.

3. Das vertragliche Ehegüterrecht in den Entwürfen des ungarischen Privatgesetzbuchs (1883-1928)

Während der Kodifizierung des ungarischen Privatrechts zeigte sich etwas Unsicherheit in der genauen Auslegung der Eheverträge. Als István Teleszkys Teilentwurf über das Erbrecht gefertigt wurde (1883), nahm der auf dem ABGB erzogene Meister Stellung darin auch über die Eheverträge – freilich im Zusammenhang mit dem Erbrecht. Mit der Ablehnung der gesetzlichen Errungenschaftsgemeinschaft mit Verweis unter anderen auf das ABGB, ließ er eine bedeutungsvolle Rolle dem vertraglichen Güterrecht.[38] Die Schenkung unter den Ehegatten erkannte er gemäß der ungarischen Tradition und dem ABGB (§ 1246).[39] Das Witwenrecht des traditionalen ungarischen Rechts, das die Verpflegung der Witwe erzielte, breitete Teleszky ähnlich dem vertraglichen Nutznießungsrecht der Witwe im ABGB (§ 1255-1258) aus, aber als gesetzliche Berechtigung und mit der Beschränkung, dass dieser Pflichtteil der Witwe *„nur aus dem eventuellen Vermögen außer dem Errungenschaftsgemeinschaftsgut zukomme“*, da *„die zweimalige Beteiligung“* des Überlebenden nicht begründet ist.[40] Teleszkys Teilentwurf kannte das Institut der Erbverträge, aber nur ausnahmsweise, unter Ehegatten und Verlobten – wie es im ABGB stand (§ 1249). So hielt er die Regelung der Erbverträge, einer Art der Beerbung aufgrund der Verfügung des Erblassers unter selbständigem Titel im Teilentwurf nicht für wohlbegründet.[41]

Dieses letzte Element verblieb aus Teleszkys Teilentwurf auch im ersten Text des ungarischen Privatgesetzbuchs (1900): Ausschließliche Subjekte eines Erbvertrags waren nur Verlobten und Ehegatten (§ 1936), obwohl die Erbverträge im Entwurf von den gemeinsamen Testamenten (§ 1931) abgesondert, aber im Erbrecht, und nicht im ehelichen Güterrecht (im Familienrecht) geregelt wurden. Die Verträge unter Ehegatten, die nach dem § 22 b, und c, des modifizierten Gesetzes über den königlichen Notaren (GA 1886: VII) zum notariellen Urkunde gebunden wurden, wurden im ersten Text in den Kapitel über die persönlichen Rechtsverhältnisse der Ehegatten (§ 94-106) platziert. Der Rechtssetzende gab hier keine konkrete Liste, sondern stellte einen allgemeinen Klausel auf um die Lücke zu vermeiden,[42] und dehnte die Formgebundenheit *„mit der Ausnahme der gewöhnlichen, gelegentlichen Geschenke auf jede sachenrechtliche und schuldrechtliche Rechtsgeschäfte der Ehegatten aus, die vermögensrechtliches Objekt haben“*, mit Verweis auf die Interesse der eventuell aus unterschiedlichen Ehe geborenen Kinder.[43] Die

[35] MNL BML VII/2 b II/471/1890 2205p/1893.
[36] MNL BML VII/2 b II/471/1890 1157p/1893.
[37] MNL BML VII/2 b II/132/1900 11528p/1902.
[38] TELESZKY, I., *Az általános magánjogi törvénykönyv tervezete. Öröklési jog. Indokolás* [Entwurf des allgemeinen Privatgesetzbuchs. Erbrecht. Motive]. Bd. I, Budapest, 1883, S. 35-36.
[39] TELESZKY, *Indokolás*, S. 51.
[40] TELESZKY, *Indokolás*, S. 85.
[41] TELESZKY, *Indokolás*, S. 94.
[42] *Indokolás a Magyar Általános Polgári Törvénykönyv tervezetéhez. I. Bevezetés. Személyi jog. Családi jog* [Motive zu dem Entwurf des Ungarischen Allgemeinen Privatgesetzbuchs. I. Einführung. Personenrecht. Familienrecht]. Budapest, 1901, S. 191.
[43] *Indokolás*, S. 192.

Eheverträge hatten in der sogenannten *„freies Vermögen-Konzeption der Ehefrau“* [44] große Bedeutung: Da das Sondergut (freies Vermögen) der Ehefrau – gegenüber der dem Ehemann übergebenen Mitgift – völlig frei von jeder Einwirkung des Ehemannes war (§ 107), konnte die Frau über dieses Vermögen im Vertrag vereinbaren – mit ihrem Ehemann oder mit einer Dritten. Die Vertragsfreiheit war also *„die Konsequenz der völlig freien und selbständigen Rechtsstellung der Ehefrau“*.[45]

Doch sieht man auch eine Antipathie gegenüber den Eheverträgen im ersten Text, wie das Zitat zeigt: *„Unser Heimat ist kein Heimat für die Eheverträge. Diese sind aber letztmalig erlaubt. Und diese Erlaubnis lässt auch der Entwurf im Leben. Die Regeln des ehelichen Güterrechts sind nur dispositiv. Die Ehegatten haben aber nur über güterrechtlichen Fragen zu disponieren. Das zeigt der Text dieses Paragraphs, wie weiterhin auch die Platzierung des Instituts. Der Entwurf vermeidet die Definierung des Ehevertrags. Das ist eine unfruchtbare Frage. Was aber wesentlich ist, das ist im § 106 („unter anderen Personen“) gegeben“*.[46] Der erste Text definierte also die Eheverträge absichtlich nicht, doch sonderte drei Gruppen der Verträge voneinander ab: Erstens die Verträge über das Güterrechtssystem, die sich auf das freie Vermögen der Frau (§ 176), auf eine vom Gesetz abweichende Regelung des zum allgemein gemachten Errungenschaftsgemeinschaftsgutes (§ 177) oder auf die allgemeine Gütergemeinschaft (§ 181-182) bezogen; zweitens die Verträge über die Mitgiftbestellung (§ 113), über *„die Mitgift, die vom Ehemann für sich selbst wegen seiner Frau bestellt wird“* (§ 115),[47] über den Treuelohn, der *„die Frau nicht nur für den Fall ihrer Witwenschaft, sondern auch ihrer Scheidung sichert“* [48] (§ 170) und über den Gegentreuelohn (§ 174); letztens die weitere (nicht ehebedingte) Verträge der Ehegatten. Nur die ersten zwei Gruppen wurden in das selbständige Kapitel über dem ehelichen Güterrecht, innerhalb des Teils Familienrecht platziert, die Mitgift- oder Treuelohnbestellung von Dritten wurde aber in diesem ersten Text – wie im modifizierten Gesetz über die königlichen Notare – nicht zur notariellen Urkunde gebunden.

In der Motive des dritten Textes (1914) wurde *„die auch im geltenden Recht anerkannte Vertragsfreiheit der Ehegatten, die mit der freies Vermögen-Konzeption in Einklang steht“*, betont: *„Sie ermöglicht die vom Gesetz abweichende Regelung der güterrechtlichen Wirkungen der Ehe, aber nur bis zur Grenze, bis sie nicht mit den Prinzipien des gesetzlichen Güterstandes in Gegensatz kommt“*. Dies bedeutete bei der Errungenschaftsgemeinschaft – aufgrund dem Prinzip der Gütertrennung – *„nur eine schuldrechtliche“*, aber keine sachenrechtliche Gemeinschaft der Ehegatten. Gegenüber dem ersten Text *„wurde aber die Frage, ob auch die Verträge über die Mitgift oder den Treuelohn Eheverträge sind, nicht offengeblieben* (§ 47 und 77)“.[49]

Der fünfte Text (1928) machte die vom Gesetz abweichende Regelung der güterrechtlichen Wirkungen der Ehe möglich, falls das Gesetz es ausdrücklich nicht ausschloss. Also es gab keinen Unterschied zwischen den güterrechtlichen Wirkungen der Ehe und den güterrechtlichen Wirkungen, die sich ohne Rücksicht auf das Güterrechtssystem verwirklichten. Wie im vorigen Rechtspraxis, war die Vertragsschließung mehrmals, auch vor der Eingehung der Ehe möglich, seine Gültigkeit war aber im jeden Fall zur notariellen Urkunde gebunden. Der gesetzliche Vertreter durfte einen Ehevertrag auf die Last der vertretenen Person nur mit ihrer in notariellen Urkunde festlegten Zustimmung und mit Erlaubnis der Vormundschaftsbehörde schließen (§ 165). In Hinsicht der Einzelheiten enthielt der fünfte Text nur die nötigsten, als er die Grenzen der eventuellen Abweichung bestimmte: Regelte die im Ehevertrag von der Frau bestellte Rente zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes (§ 166), machte die Ausschließung oder Beschränkung der Errungenschaftsgemeinschaft möglich (§ 167), ordnete die Feststellung und Sicherstellung des Errungenschaftsgemeinschaftsanteils während der Ehe (§ 168) und letztlich auch die allgemeine Gütergemeinschaft, wie schon gesagt, gemäß der schuldrechtlichen Auffassung (§ 169). Diese Regeln wurden in den amtlichen Motiven nicht näher ausgelegt.[50]

Den Güterrechtsregister nach deutschem Muster hielt der Rechtssetzende für unnötig, darüber findet man aber nur in den Motiven des ersten Textes einen mittelbaren Hinweis: *„Dieses Institut ist im heimischen Recht völlig unbekannt, über seine Einführung kann man ernstlich nicht sprechen. Das hätte im unseren Güterrechtssystem keinen genügenden Gegenstand“*.[51] Weiterhin gab es keine Regelung im fünften Text über die Gütertrennung für den Fall der Ausschließung oder Begrenzung der gesetzlichen Errungenschaftsgemeinschaft ohne eine ausdrückliche oder mittelbare Verfügung über ein anderes System. Diese Ablehnung des deutschen Modells (BGB § 1436) kann man einfach begründen. Das System der freien Vermögens der Frau, die durch das Institut des schuldrechtlichen Errungenschaftsgemeinschaftsgutes nur ergänzt wurde, machte diese Regelung überflüssig, denn eine Abweichung vom Prinzip der Gütertrennung unmöglich war.

4. Schlussfolgerungen

Obwohl ich die Behauptungen von Jancsó vom Jahre 1901 auch im Spiegel des fünften Textes [52] für unannehmbar halte,

---

[44] Die ehegüterrechtlichen Regeln des ersten Textes beruhen auf dem Teilentwurf von Béni Grosschmid (1891). Vgl. HERGER, *Die konzeptionellen Umgestaltungen der Errungenschaftsgemeinschaft*, S. 81-101.

[45] *Indokolás,* S. 200.

[46] *Indokolás*, S. 244.

[47] *Indokolás*, S. 210.

[48] *Indokolás*, S. 241.

[49] *Indokolás a polgári törvénykönyv törvényjavaslatához* [Motive zu der Gesetzesvorlage des Privatgesetzbuchs]. Budapest, 1914, S. 57-58.

[50] *Indokolás Magyarország magánjogi törvénykönyvének a m. kir. igazságügyminiszter által 1928. március 1-én az országgyűlés elé terjesztett törvényjavaslatához* [Motive zur Gesetzesvorlage des Privatrechtsgesetzbuchs Ungans, die vom ung. königlichen Justizminister dem Parlament am 1. März 1928 vorgelegt wurde]. Budapest, 1929, S. 69-70.

[51] *Indokolás*, S. 182.

[52] Der fünfte Text wurde als Gesetz nicht angenommen, er hatte jedoch eine Rolle im ungarischen Rechtsleben bis 1952. Daher nannte man ihn auch „unkodifizierten Kodex“.

kann man aus den obigen eine Folgerung ziehen. Die ungarische Kodifikatoren beabsichtigten den Eheverträgen viel kleinere Rolle zu geben, als sie im ABGB-Ehegüterrecht oder im heimischen Recht zur Zeit der Geltung des ABGB in Ungarn hatten. Der persönliche und geographische Partikularismus im ehelichen Güterrecht war in Ungarn kleiner als im deutschen Rechtskreis. Der gesetzliche Treuelohn, der von ständischer Stellung abhing, wurde aufgelöst, die gesetzliche Errungenschaftsgemeinschaft setzte sich ohne Rücksicht auf die ständische-soziale Zugehörigkeit durch, die allgemeine Gütergemeinschaft der siebenbürgischen sächsischen Nation wurde vertragliches Güterrechtssystem und die Treuelohn- und Mitgiftbestellungen wurden als Ehevertrag ausgelegt. Und mehr als diese Regeln wäre überflüssig gewesen. Die weitere (nicht ehebedingte) Verträge der Verlobten oder Ehegatten, die früher in den Gesetzen über die königlichen Notaren von den ersten zwei Typen abgesondert gruppiert wurden, sollten auch nach dem fünften Text aufgrund den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln beurteilt werden (§ 122). Die Rechtswissenschaft an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert und der folgenden Jahrzehnten nahm die in den Entwürfen beabsichtigte Rolle der Eheverträge an, kritisierte sie nicht. 1901 bemerkte auch Jancsó ohne einen Kommentar, dass der erste Text das Institut der Eheverträge beibehielt.[53]

Offensichtlich bekam der Forscher eine Erfahrung aus den Prozessakten des königlichen Gerichtshofs in Pécs nur über die mündlichen oder geschriebenen Verträge, die später zwischen den Vertragsschließenden oder ihren Erben einen Rechtsstreit erfolgten. Diese Sachen beziehungsweise Verträge sprechen aber für sich. Die auf Komitat Baranya beschränkte archivalische Forschung, aus denen in dieser Arbeit nur charakteristische Beispiele erwähnt sind, überzeugen den Forscher, dass die aus dem traditionellen Recht beerbten Eheverträge auch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und nach der Jahrhundertwende große Bedeutung im ungarischen Rechtsleben hatten.

Einerseits zur Zeit der Geltung des oktroyierten österreichischen Rechts gab es die Möglichkeit über die gewöhnlichen, heimischen Rechtsinstitute im Ehevertrag zu vereinbaren; Über Rechtsinstitute, die – unabhängig von ihrer Abstammung – Teile des heimischen Rechts waren und in der Kultur und Sprache des Volkes wurzelten. Andererseits nach der Außerkraftsetzung des ABGB ermöglichten die Eheverträge eine Abweichung vom gesetzlichen, von der ständischen-sozialen Stellung bestimmten güterrechtlichen Instituten, wenn es vom Gesetz nicht ausdrücklich verboten war. Das war auch ein wichtiger Aspekt zur Zeit der bürgerlichen Umgestaltung und der Assimilierung der Minderheiten in eine Nation. Der bürgerliche Charakterzug der Eheverträge zeigte sich in erster Linie in der Respektierung der Privatautonomie. So ist es kein Zufall, dass das Familiengesetzbuch der sozialistischen Ära (GA 1952: IV) sich auf das Vollenden ihrer historischen Laufbahn strebte.

[53] JANCSÓ, *Házassági*, S. 808.

Die Modernisierung des Volksunterrichts in Ungarn. Umsetzung des Gesetzes über den Volksunterricht im Komitat Baranya nach 1868

(Modernization of Education in Hungary. The Implementation of the Educational Act of 1868 in Baranya County)

*Patrícia Dominika Niklai**

Abstract

During the second half of the 19th century the modernization of education played a highlighted role in both Hungarian and Austrian efforts, however many debates aroused about its character, so – although significant accomplishments were achieved – it mostly divided the public opinion, generating wide ecclesiastical and social movements. Comparing the legal development of Austria and Hungary after 1868 the most substantial differences were the following: in Austria there were common schools under the state's control, but they preserved the religious character of education; in Hungary church schools existed primarily, and state schools had a supplementing role. The problem was that these church schools functioned at a low level, so it was necessary to create state schools. These efforts were first documented after 1898 in Baranya county based on the regional records of the National Archives of Hungary. The aim of these efforts was the so-called 'Hungarianization' (magyarizáció). Most of the results were achieved in those settlements, where nationalities lived and the churches were willing to cooperate and they did not had any (appropriate) schools.

***Keywords**: church schools; state schools; modernization of educational system; Hungary.*

1. Einleitung

Die Modernisierung des Volksunterrichts und die Interessendurchsetzung der Kirche in der Österreichisch-Ungarischen Monarchie sind immer noch wichtige und aktuelle Forschungsthemen in der ungarischen Rechtsgeschichte. Schon früher einmal habe ich mich mit Aspekten dieser Frage beschäftigt, wie zum Beispiel mit der Beziehung zwischen Staat und Kirche oder der Religionsfreiheit in Österreich.[1] In diesem Beitrag soll nach einem Vergleich der Rechtsentwicklung in Österreich und in Ungarn die ungarische Seite ausführlich untersucht werden.

Bei der Modernisierung des Volksunterrichts in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts spielte der damalige Kultusminister Baron József Eötvös (1813-1871)[2] eine bedeutende Rolle. Auf den liberalen katholischen Politiker, der die westliche Rechtskultur gut kannte, übten die west-europäischen Modelle einen großen Einfluss aus, insbesondere wie man die Beziehung zwischen Staat und Kirche regeln wollte.[3] In seinem Brief an den französischen Politiker Graf Charles de Montalambert (1810-1870) schrieb er folgende Worte, die viel über seine Einstellung erahnen lassen: *„Niemand kann gerecht bezweifeln, dass die Erziehung und der Unterricht des Volkes zu den schönsten Aufgaben einer jeden Kirche zählen."*[4]

Im Folgenden sollen die Modernisierung des Volksunterrichts im Zeitalter des Dualismus' und die Rolle von Kultusminister Eötvös in diesem Prozess beschrieben werden, indem die österreichische und ungarische Entwicklung miteinander verglichen werden. Im Anschluss daran wird die praktische Umsetzung der Gesetze im Komitat Baranya vorgestellt. Dann soll mit Hilfe der Dokumentation des Komitatsarchivs Baranya des Ungarischen Landesarchivs untersucht werden, wie sich die Umsetzung des GA 1868: XXXVIII über den Volksunterricht in den folgenden Jahrzehnten in diesem Komitat entwickelte.

2. Mit oder ohne Konfessionen? Bestrebungen im Jahre 1848 und das Konkordat von 1855

Im Jahre 1848 stand die Modernisierung des Schulwesens sowohl in Österreich, als auch in Ungarn auf der Tagesordnung. Dazu gehörte auch die Debatte darüber, ob die Schulen weltliche oder konfessionelle Einrichtungen werden sollten. Die Politiker des 19. Jahrhunderts erkannten, dass die Bildung des Volkes im Hinblick auf die Zukunft eine wichtige Rolle spielt. Mehrfach

* Dr. Patrícia Dominika Niklai, Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Pécs, Ungarn.

1 Siehe NIKLAI, P. D., A vallás megválasztásának és gyakorlásának szabadsága az Osztrák Császárságban (1848-1867) [Glaubensfreiheit im Kaisertum Österreich (1848-1868)]. In: *Studia Iuvenum Iurisperitorum*, Nr. 8., Pécs, 2016, S. 85-119; NIKLAI, P. D., Unterrichtspolitik – kirchliche Interessendurchsetzung in Ungarn nach 1848. In: *Cracow Studies of Constitutional and Legal History,* Vol. 10, Krakkó, 2017, S. 17-30.; NIKLAI, P. D., Oktatáspolitika – egyházi érdekérvényesítés Ausztriában és Magyarországon a XIX. század második felében. [Unterrichtspolitik – kirchliche Interessendurchsetzung in Österreich und in Ungarn in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts]. In: *Studia Iuvenum Iurisperitorum*, Nr. 9, Pécs, 2018, S. 59-94.

2 Eötvös war zweimal Kultusminister in Ungarn, zuerst 1848, dann noch einmal von 1867 bis 1871.

3 Siehe HERGER, E.CS., *Polgári állam és egyházi autonómia a 19. században* [Bürgerlicher Staat und kirchliche Autonomie im 19. Jahrhundert]. Budapest, 2010, S. 141-160.

4 FENYŐ, I. et al (Hrsg.), *Eötvös József: Kultúra és nevelés*. [József Eötvös: Kultur und Erziehung]. Budapest, 1976, S. 401.

beriefen sie sich auf das Unterrichtssystem des vorigen Jahrhunderts des aufgeklärten Absolutismus' – sowohl im positiven, als auch im negativen Sinne –, als Königin Maria Theresia und der ungekrönte König Joseph II. sich um die Einführung des staatlichen Schulsystems in der Habsburger Monarchie bemühten. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts, zur Zeit des österreichischen Kaisers und ungarischen Königs Franz I. nahm der Einfluss der katholischen Kirche auf das Unterrichtswesen wieder zu.[5] Die Dominanz des konfessionellen Unterrichts war also typisch für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts, die sogennante Reformzeit: Die Schulen wurden von der römisch-katholischen, der reformierten, der evangelischen, der griechisch-katholischen und der griechisch-orthodoxen Kirche unterhalten. Aber auf diesem Gebiet war die Verbürgerlichung immer stärker zu spüren. So entstanden breite gesellschaftliche und konfessionelle Bewegungen, die die Position der Kirche und der Schulen regeln sollten.

Das GA 1848: XX über die freie Religonsausübung bereitete die staatliche Finanzierung der Schulen und den freien Besuch kirchlicher Schulen unabhängig von der konfessionellen Zugehörigkeit vor. 1848 verfasste Eötvös einen Gesetzesentwurf über den Elementarunterricht, in welchem die Verwaltung und die Aufsicht der Schulen der staatlichen Kompetenz unterstellt wurde. Religionsunterricht wurde zur Aufgabe der Geistlichen, die Teilnahme daran war aber nicht obligatorisch. Nach diesem Entwurf war der Staat dazu verpflichtet, weltliche, konfessionsunabhängige Schulen zu unterhalten. Die Glaubensgruppen hatten aber die Möglichkeit zu der Gründung eigener Schulen und sie durften die schon bestehenden Schulen weiterhin unterhalten, wenn mindestens 50 Kinder der Gemeinde derselben Konfession angehörten.[6] Die Niederschlagung des Freiheitskampfes und die politische Krise der folgenden Jahren drängte die Durchsetzung der freisinnigen Grundsätze aber wieder in den Hintergrund, deshalb wurde der Entwurf nicht angenommen. Die ungarischen Bestrebungen waren im Vergleich zu Österreich, das zu dieser Zeit über kein detailliertes Gesetz und keinen Entwurf über den Elementarunterricht verfügte, also fortschrittlich zu nennen.

Als Gegengewicht gegen diese weltlichen Bestrebungen wurde das Konkordat von 1855 zwischen Kaiser Franz Josef I. (der erst am 8. Juni 1867 zum ungarischen König gekrönt wurde) und Papst Pius IX. geschlossen. Dieser außergewöhnliche völkerrechtliche Vertrag stellt ein wichtiges gemeinsames Element bezüglich der Rechtsentwicklung in Österreich und Ungarn dar. Obwohl das Konkordat die Beziehung zwischen Staat und Kirche generell regelte und sich nicht im einzelnen mit Schulen beschäftigte, waren diese Regelungen doch für das Thema entscheidend. Durch das Konkordat erlangte die katholische Kirche in der Habsburger Monarchie eine Dominanz, auch der Unterricht stand unter der Aufsicht des katholischen Episkopats. Die Wissenschaft war an den Schulen kirchlichen Dogmen untergeordnet und die Bischöfe verfügten auch über das Zensurrecht in Bezug auf den Unterricht. Die Ernennung der Lehrer (nicht nur der Religionslehrer) hing von der kirchlichen Zustimmung ab.[7] Obwohl das Konkordat im ganzen Reich gültig war, vertreten die ungarischen Rechtshistoriker die Meinung, dass dieses Dokument nur als österreichisches Konkordat zu betrachten sei.[8] Dieser Vertrag erregte den Widerstand anderer Konfessionen und von Freidenkern. In den darauffolgenden Jahren wurde die Durchsetzung des Konkordats nach und nach zurückgedrängt, bis es dann 1870 endgültig außer Kraft gesetzt wurde.

3. Volksschulgesetze der Österreichisch-Ungarischen Monarchie (1868-1869)

Zwei Jahrzehnte später stand in der Österreichisch-Ungarischen Monarchie die Modernisierung des Volksunterrichts sowohl in Österreich, als auch in Ungarn wieder auf der Tagesordnung. Ein kurzer Überblick über die österreichische Seite lässt uns die Unterschiede besser verstehen. Auf der Grundlage eines Gesetzesentwurfs des österreichischen Abgeordneten Eduard Herbst wurden 1868 die drei sogenannten Maigesetze, die die Beziehung zwischen Kirche und Staat regeln, verabschiedet. Eines von ihnen bezog sich auf die Beziehung zwischen der Kirche und den Schulen. Das Gesetz führte die ausschließlich staatliche Aufsicht über die Schulen ein und verordnete die Aufstellung von Schulräten, um die Leitung zu sichern.[9] Als Ergänzung des Maigesetzes gab Hasner 1869 das Reichsvolksschulgesetz heraus. Sein Ziel war die Einrichtung weltlicher, konfessionsunabhängiger Schulen unter Betonung der religiösen Erziehung. Den Lehrplan erstellte der Kultusminister mit Zustimmung des von den Maigesetzen ins Leben gerufenen Schulrats. Die Teilnahme am Religionsunterricht wurde obligatorisch.[10] Obwohl eine staatliche Aufsicht vorgeschrieben war, blieb der Einfluss der Kirche an vielen Schulen noch bedeutend.

Nach dem österreichisch-ungarischen Ausgleich 1867 wurde wieder József Eötvös Kultusminister (Minister für Religions- und Bildungsangelegenheiten). Er betonte die wichtige Rolle der Kirche im Bereich des Volksunterrichts, obwohl er der Meinung war, dass die Kirche diese Aufgabe allein nicht übernehmen könne. Um das Niveau des Unterrichts zu verbessern und aufrechtzuerhalten, sei die staatliche Zuwendung notwendig. Eötvös sprach sich aber auch für die Erhaltung konfessioneller Schulen aus. Er erinnerte die Abgeordneten daran, dass diese Schulen für Ungarn typisch waren und sowohl die Kirche, als auch die Eltern deshalb an ihnen festhielten. Er dachte, dass man auf Widerstand stoßen würde, wenn man die konfessionellen Schulen abschaffen würde.[11] Der Kultusminister zog eine

[5] LEISCHING, P., Die römisch-katholische Kirche in Cisleithanien. In: WANDRUSZKA, A. – URBANITSCH, Peter (Hrsg.): *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*. Bd. IV: Die Konfessionen. Wien, 1985, S. 11-13.

[6] Siehe den Entwurf in: FENYŐ, *Eötvös József* S. 294-296.

[7] BALT, H. – KOCHER, G., *Österreichische Rechtsgeschichte von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Graz, 2008, S. 232.

[8] CSIZMADIA, A., *Rechtliche Beziehungen von Staat und Kirche in Ungarn vor 1944*. Budapest, 1971, S. 68.

[9] VOCELKA, K., *Verfassung oder Konkordat?* Wien, 1978, S. 56-64.

[10] LEISCHING, *Die römisch-katholische Kirche*, S. 50.

[11] FELKAI, L. (Hrsg.), *Eötvös József válogatott pedagógiai művei* [Die ausgewählten pädagogischen Schriften von József Eötvös]. Budapest, 1957, S. 207-223.

Parallele zwischen Staat und Kirche, indem er erklärte, dass die Kirche zwar die Aufgabe habe, gute Christen zu erziehen, dass der Staat aber auch die Verpflichtung habe, gute Staatsbürger zu erziehen. Aus diesem Gedanken leitete er die staatliche Subsidiarität im Bereich des Unterrichtswesens ab.[12]

Die österreichischen und ungarischen Politiker beeinflussten sich gegenseitig, die Frage der Beziehung zwischen Konfessionen und Schulen regelten sie aber grundsätzlich anders. Die österreichischen Politiker bevorzugten staatliche (weltliche) Schulen, die ungarischen wollten, wie Eötvös betonte, weltliche Schulen nur noch als Ergänzung sehen: gemäß dem GA 1868: XXXVIII über den Volksunterricht (im Weiteren: Volksunterrichtsgesetz) war die Errichtung weltlicher Schulen nur dort vorgeschrieben, wo es noch keine konfessionelle Schule gab. Der Gesetzgeber garantierte der Kirche auch die Freiheit auf Gründung und Erhaltung einer Schule. Diese Freiheit war aber an gewisse Bedingungen gebunden, welche im Gesetz taxativ angeführt wurden. Solch eine Bedingung war zum Beispiel die Einhaltung der medizinischen Vorschriften und der Sicherheitsregeln, der getrennte Unterricht von Jungen und Mädchen und die Begrenzung der Klassengröße.

Obwohl das Gesetz dem Kultusminister das Recht der Schulgründung zugestand, geriet die Frage des Unterrichtswesens in den nächsten Jahren in den Hintergrund. Es gab keinen nennenswerten Fortschritt in Bezug auf die Modernisierung der Schulen. Die Kirche hielt an ihren Schulen fest, auch wenn dort schlechte Verhältnisse herrschten. Die oben genannten gesetzlichen Bedingungen wurden bei weitem nicht überall erfüllt, so unterrichteten zum Beispiel laut zeitgenössischen Berichten Lehrer häufig mehr Kinder als erlaubt. Überfüllte Klassenräume waren an der Tagesordnung.[13]

4. Umsetzung des Gesetzes in Baranya

4.1 Die Datenerhebung von 1898

Die Zahl der zwischen 1868 und 1880 gegründeten staatlichen Schulen war landesweit sehr gering, im Komitat Baranya wurde nicht eine Schule gegründet. Zwischen 1881 und 1907 gab es schon 5 staatliche Schulen in diesem Komitat, was aber im Vergleich zu den 1939 in dem Rest des Landes gegründeten Schulen immer noch sehr wenig war.[14] Die meisten Schulen wurden in Siebenbürgen und Oberungarn gegründet, was das Bestreben des Staates zeigt, Schulen zur Ungarisierung (auch „Magyarisierung" genannt) zu benutzen. Die konfessionelle Verteilung der Schulen war 1898 wie folgt: römisch-katholisch 5445, protestantisch 3548, griechisch-katholisch 2080, griechisch-ortodox 1770, israelitisch 517.[15] Dies zeigt deutlich, dass die konfessionellen Schulen weiterhin in der Mehrheit waren.

30 Jahre nach der Annahme des Gesetzes sah der Kultusminister Gyula Wlassics (1852-1937)[16] die Zeit gekommen, den Zustand der Schulen zu bewerten und deren Organisierung vorzubereiten. Er betonte jedoch in seinem Brief an den Obergespan des Komitats Baranya: *„Nur an solch einem Ort werden Schulen organisiert, wo dies aus kultureller und staatlicher Sicht notwendig ist und wo die lokalen Interessen es erhoffen lassen, dass die staatliche Schule lebensfähig und erfolgreich sein wird."*[17]

In erster Linie wollte man die Schulen für den Unterricht der ungarischen Sprache und zur Magyarisierung nutzen, deshalb wurden bei ihrer Gestaltung auch nationalistische Aspekte berücksichtigt. Ebenso erwartete der Kultusminister auch Berichte über Gemeinden, in denen die Kirche die Schulen unterhielt, aber keinen erfolgreichen Volksunterricht garantieren konnte. Er bat um eine Aufstellung über die zu errichtenden Schulen und über die Leistungen der Gemeinden, die staatliche Schulen für sich beanspruchten. Zu den Kosten zählten das Baugrundstück, die Gebäude, die Wartung (wie z. B. Heizung, Reinigung), sowie die Bezahlung der Lehrer.

Der letzte Absatz des Briefes des Ministers war in Hinsicht auf die konfessionellen Schulen besonders wichtig: Wlassics versprach den konfessionellen Schulen, die sich einer staatlichen Schule anschließen wollten, dass die Lehrer den konfessionellen Quoten der Gemeinde entsprechend ernannt würden und die Aufgabe des Kantors übernehmen dürften.[18] Diese Zusage zeigt die Kompromissbereitschaft gegenüber den Konfessionen, mit dem Ziel, den Volksunterricht zum Blühen zu bringen.

Diese Erhebung wurde von dem Untergespan, dem Schulinspektor und dem Pécser Bürgermeister im Auftrag des Obergespans durchgeführt. Der Bürgermeister erstattete über die schlechte Lage der Stadt Bericht: wegen des starken Bevölkerungswachstums seien die Schulen überlastet, pro Klasse gäbe es 80-100 Kinder. Die finanzielle Lage von Pécs verschlechterte sich aus unterschiedlichen Gründen und die Stadt konnte keine neuen Schulen mehr einrichten. Dem Bericht ist zu entnehmen, dass die Stadt dem Kultusministerium schon mehrfach ihre Lage geschildert und es um Hilfe gebeten hatte. Diese wurde aber immer abgelehnt, obwohl sich der Bürgermeister auf das Volksunterrichtsgesetz von 1868 berufen hatte. Er war der Meinung, dass die Errichtung staatlicher Schulen auch aus nationalen Gründen gerechtfertigt sei, weil die Kinder der deutschen und kroatischen Bevölkerung in Pécs auf diese Weise ungarisch lernen könnten.[19]

---

[12] FENYŐ, *Eötvös József*, S. 402-403.

[13] FELKAI, L., *Neveléstörténeti dolgozatok a dualizmus koráról* [Erziehungsgeschichtliche Arbeiten über die Ära des Dualismus]. Budapest, 1983, S. 111-112.

[14] SZITA, L., A dualizmuskori iskolaállamosítási törekvések nemzetiségpolitikai vonatkozásai Baranyában [Die nationalpolitischen Bezügungen der Bestrebungen auf die Verweltlichung von Schulen zur Zeit des Dualismus in Baranya]. In: *Baranyai helytörténetírás, A Baranya Megyei Levéltár évkönyve* [Heimatgeschichtliche Schriften Baranya, Jahrbuch des Komitatsarchiv Baranya], Pécs, 1981, S. 446-447.

[15] MÉSZÁROS, I., *A katolikus iskola ezeréves története Magyarországon* [Tausendjährige Geschichte der katholischen Schule in Ungarn]. Budapest, 2000, S. 209.

[16] Wlassics war der Kultusminister in Ungarn von 1895 bis 1903.

[17] Komitatsarchiv Baranya des Ungarischen Landesarchivs (im Weiteren: MNL BML) IV. 401. a, 290/1898, 1/1898. Vkm. [Kultusministerium].

[18] MNL BML IV. 401. a, 290/1898, 1/1898. Vkm. [Kultusministerium].

[19] MNL BML IV. 401. a, 290/1898, 1/1898. Vkm. [Kultusministerium].

Das Kultusministerium hatte für die Berichte eine Frist von zwei Monaten gesetzt. Die Dokumente zeigen aber, dass diese Aufgabe nicht in der gesetzten Frist erledigt wurde. Also mahnte das Kultusministerium in den darauffolgenden Monaten den Obergespan, dieser mahnte den Untergespan und dieser den Schulinspektor.

Schließlich lag der Bericht des Schulinspektors und des Untergespans vor. Der Schulinspektor vertrat eine ähnliche Meinung wie der Bürgermeister. Als Probleme nannte er die Überfüllung der Schulen und die niedrige Bezahlung der Lehrer. Er fügte hinzu, dass die Stadt ohne staatliche Förderung keine ausreichenden Quellen für die Errichtung und Erhaltung der Schulen habe.[20]

Der Untergespan berichtete detailliert über die Lage in den Gemeinden. Dem Bericht ist zu entnehmen, dass eine große Zahl der Gemeinden gegen die Einrichtung staatlicher Schulen war (Drávaszentmárton, Ipacsfa, Gödre, Szent-György, Monostor, Kácsfalu, Lipse, Baranyavár usw.). Dagegen war der gesamte Pécser Bezirk aus den schon genannten Gründen für die Errichtung staatlicher Schulen, konnte sie jedoch nicht unterstützen. Außer über die Pécser Bezirke berichtete der Untergespan auch über Gemeinden (z.B. Magyar-Bóly, Kocska, Lipova), wo *„die Errichtung von staatlichen Schulen eine dringende öffentliche Angelegenheit ist“*, die aber wegen ihrer Mittellosigkeit keine Unterstützung leisten könnten. Diese dringende öffentliche Angelegenheit war wahrscheinlich die Ungarisierung der Nationalitäten, weil hier die Mehrheit der Bevölkerung Deutsche, Serben und Kroaten waren. Mehrere Gemeinden äußerten ihre Beitragsabsicht, der Umfang war jedoch unterschiedlich: so bot z. B. Oroszló ein Schulgebäude, Dencsháza ein Baugrundstück und Püspöklak die Förderung der sachlichen Ausgaben an. Nach der Bekanntgabe dieser Erhebung entschied der Untergespan, in welchen Gemeinden die Errichtung von staatlichen Schulen hinsichtlich der Ungarisierung und der gemeindlichen Beiträge wünschenswert wäre. Die erste Welle plante er für das Jahr 1899, die zweite für das Jahr 1900.[21]

Der Obergespan hatte zwar die angefordertenden Nachweise eingereicht, die Antwort des Kultusministeriums war aber wenig ermutigend. Das Komitat Baranya hatte einen konkreten Verfahrensplan, das Ministerium wollte sich aber nur über den Zustand informieren. Der Kultusminister hielt von den 127 eingereichten Anträgen der Gemeinden nur 10 für realisierbar, rechtfertigte seine Wahl jedoch nicht. Aufgrund der Angaben der Gemeinden können allerdings gewisse Schlüsse gezogen werden (Tabelle 1). In mehreren Fällen waren wohl nationale Aspekte, oder Umfang beziehungsweise der Charakter der Beiträge der Gemeinden der Grund für die Entscheidung. Der Kultusminister forderte den Obergespan auf, den Schulinspektor zu beauftragen, die Verhandlungen mit diesen 10 Gemeinden zu beginnen. In Pécs fasste der Kultusminister eine Errichtung neuer Schulen nicht ins Auge; er sah die Lösung in der schrittweisen Inanspruchnahme der materiellen Quellen der Stadt und forderte den Obergespan dazu auf.[22]

Tabelle 1: Gemeinden, die das Kultusministerium unterstützt (1898)

Gemeinde	Begründung des Kultusministers
Babarcz, Kássád	kroatische Bevölkerung + Schulgebäude
Kéménd	deutsche Bevölkerung + Schulgebäude + finanzielle Beteiligung
Lancsuk	deutsche und serbische Bevölkerung + Schulgebäude
Lipova	deutsche und serbische Bevölkerung + Mittellosigkeit
Magyar-Bóly	deutsche und serbische Bevölkerung + Schulgebäude
Nádasd	finanzielle Beteiligung
Püspöklak	Baugrund + finanzielle Beteiligung
Szederkény	Schulfond + Bezahlung der Lehrer
Dencsháza	Baugrund + Bezahlung der Lehrer

Wlassics erwarte die Errichtung der nötigen Schulen bereits im Jahre 1899, was aber nicht gelang, so wie auch die Diskussionen mit den Gemeinden erfolglos waren. Die Erhebungen wurden im Jahr 1906 fortgesetzt.

4.2 Die Datenerhebung von 1906

1906 führte diese Arbeit eine Komission durch, die aus dem Untergespan, den Bezirksoberstuhlrichtern, dem Schulinspektor sowie kirchlichen und weltlichen Persönlichkeiten (Lehrer) bestand. Um eine ähnliche Bewerbungsflut wie vorher zu vermeiden, legte der Kultusminister fest, in welchen Fällen er keine Anträge erwartet. Ausschließende Gründe waren folgende: potentieller kirchlicher Widerstand, die konfessionelle Schule entspricht den gesetzlichen Bedingungen, der Unterricht der ungarischen Sprache ist erfolgreich. Der Minister nannte weitere Aspekte. So erkundigte er sich z. B. nach der Verteilung der Sprachen und Nationalitäten und auch nach der konfessionellen Verteilung im Kreis schulpflichtiger Kinder.

Im Laufe der Erhebungen bemühte man sich, Rücksicht auf die Konfessionen zu nehmen. Diese, in erster Linie die bedeutendste römisch-katholische Kirche, waren vorsichtig und wollten eine Verstaatlichung vermeiden. Diese Vorsicht äußerte sich in der Warnung an die Schulinspektoren, dass Verhandlungen die konfessionellen Schulen betreffend erst nach einer Zustimmung der zusändigen Diözesebehörde geführt werden sollten. Dies belegen auch die Berichte mehrerer Bezirksoberstuhlrichter. So berichtete z. B. der Bezirk von Mohács über die hoffnungslose Diskussion mit den Kirchenvertretern: *„Man kann nicht hoffen, dass die zuständige Oberbehörde der staatlichen Übernahme der schon errichteten römisch-katholischen Schulen zustimmen wird: die Einleitung der nötigen Verhandlungen (…) habe ich gar nicht erst begonnen.“* Eine ähnliche Meinung liegt aus dem Bezirk Szentlőrinc vor: *„Den Entwurf über die Errichtung der staatlichen Schule in Bükkösd halte ich für nicht annehmbar, denn ihr Klassenzimmer kann nicht 102 schulpflichtige Kinder, sondern nur 55 Kinder beherbergen und da sie eine kirchliche (römisch-katholische) Schule ist, ist es ausgeschlossen, dass die Kirche einer Verstaatlichung zustimmt.“* Außerdem fügte der Hauptstuhlrichter noch hinzu, dass er die Verstaatlichung aus sprachlichen Aspekten nicht für notwendig hält, da die Deutschen, die 2/3 der Bevölkerung ausmachten, die ungarische Sprache verstehen und sprechen würden. Der Hauptstuhlrichter des Bezirks Baranyavár wies auch auf ein weiteres Phänomen in Bezug auf Várdaróc hin, das um die Jahrhundertwende nicht mehr vernachlässigt werden konnte: *„In Várdarócz (…) gibt es schon etliche Familien ohne Konfession, de-*

[20] MNL BML IV. 401. a, 290/1898, 1536/1898. Bvm. kir. tanfelügy. [königliche Schulinspektor, Komitat Baranya].
[21] MNL BML IV. 401. a, 290/1898, 10641/1898. Bvm. alisp. [Untergespan, Komitat Baranya].
[22] MNL BML IV. 401. a, 290/1898, 35114/1898 Vkm. [Kultusministerium].

ren Kinder nicht aus den Schulen ausgeschlossen sind." Die Anzahl der Konfessionslosen stieg an, der Hauptstuhlrichter berichtete jedoch, dass der Besuch der kirchlichen Schule kein Problem für sie darstelle. Es handelte sich hier um eine evangelische Schule. Die lutherische Kirchengemeinde beabsichtigte nicht, ihre Schule dem Staat zu übergeben. In dem Fall einer anderen Gemeinde erwähnte der Hauptstuhlrichter noch einen weiteren Faktor: den Protest der Eltern gegenüber den staatlichen Schulen (*„In Albertfalu (…) die Konfession übergibt ihre Schule keinesfalls dem Staat und es ist sicher, dass, wenn es eine staatliche Schule gäbe, die Eltern ihre Kinder nicht dorthin schicken würden.").* Die Hauptstuhlrichter der Bezirke Hegyhát und Pécsvárad versicherten dem Obergespan, dass die kirchlichen Schulen in den meisten Gemeinden ihrer Bezirke gut funktionierten und dass in den weiteren Gemeinden die Errichtung einer staatlichen Grundschule eher durch ethnische als konfessionelle Aspekte begründet sei. Demgegenüber berichteten die Pécser und Siklóser Bezirke über schlecht funktionierende römisch-katholische bzw. griechisch-orthodoxe Schulen, die nur wenig Erfolg hatten, unter anderem im Unterricht der ungarischen Sprache bei der kroatischen Bevölkerung.[23]

Diese gesammelten Berichte leitete der Unteregespan dem Obergespan zusammen mit seiner eigenen Meinung weiter. In den folgenden Jahren verlangsamte sich deren Bearbeitung wieder. 1908 gab es keine Errichtungen von staatlichen Schulen und kein Verfahren zur Verstaatlichung bei der Verwaltungskommission. Staatliche Schulen existierten zu dieser Zeit nur in 5 Gemeinden (Goricza, Komló, Kákics, Nagykozár, Oszró).

5. Zusammenfassung

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Entwicklung in Österreich und Ungarn in Hinsicht auf die Modernisierung des Volksunterrichts besteht darin, dass in Österreich nach 1868 gemeinsame, staatliche Schulen errichtet wurden, während in Ungarn nach dem Volksunterrichtsgesetz von 1868 staatliche Schulen nur subsidiär, unter Beibehaltung der konfessionellen Schulen vorgeschrieben wurden. Dementsprechend blieben weiterhin zahlreiche konfessionelle Schulen in Ungarn bestehen. Diese arbeiteten allerdings auf niedrigem Niveau, weshalb es notwendig war, staatliche Schulen zu errichten. Im Komitat Baranya wurden die ersten Bestrebungen zur Errichtung staatlicher, gemeinsamer Schulen im Jahr 1898 dokumentiert. Gemäß den analysierten Dokumenten lässt sich, wie schon mehrfach erwähnt, feststellen, dass die Zielsetzung bei der Verstaatlichung von Schulen bzw. bei der Errichtung neuer staatlicher Schulen in erster Linie die Ungarisierung war. Die größten Fortschritte erfolgten in den von unterschiedlichen Nationalitäten bewohnten Ortschaften, wo eine multinationale Bevölkerung mit dem Fehlen einer Schule oder einer vorhandenen konfessionellen Schule von schlechter Qualität und der Bereitschaft der Konfession zur Zusammenarbeit einherging.

[23] MNL BML IV. 401. a, 14/1907, Főszolgabírói jelentések [Berichte der Hauptstuhlrichter].

The Antecedents of Civil Modernization. A Historical Example of Freedom of Religion during the Turkish Occupation in Hungary

Orsolya Falus *

Abstract

In the beginning of the 21th century we are regularly informed by media about different churches' religious disputes that have led to tragic consequences. Researchers of law history, however, have the opportunity to find examples in history to follow and also to avoid in order to help nowadays' legislators. Research roots go back to historical times when peoples of different nationalities and denominations lived together in space and time. The study seeks to find out whether the positive changes that occurred in Hungary in the second part of the nineteenth century have been catalyzed by the decentralized and religiously pragmatic legal policies of Turkish domination. A lawsuit from the Turkish Occupation, Nagyharsány, Hungary, later known as the "Dispute of Buda", is a good example of the fact that centuries ago the Ottoman Empire had successfully implemented the Freedom of Religion as a human right in the areas they conquered and governed.

Keywords: *religious disputes; different denominations; decentralized law policy; Turkish Occupation; Dispute of Buda; Hungary.*

1. Changes in the religious policy of the Austro-Hungarian Empire in the 19th century

After the Turkish wars at the end of the seventeenth century, ethnic Hungarians became a minority in the Kingdom of Hungary. While the Serbs in the south remained Orthodox, large numbers of Romanians in Transylvania and Ruthenians in the Carpathians joined the Catholic Church, favored by the Habsburgs. During the course of the seventeenth century, the Protestant nobility achieved considerable freedom in Hungary. However, due to the reCatholizing efforts of the Habsburg kings, this freedom was gradually curtailed. The state influence in the affairs of the Catholic Church was also strong, especially in the enlightened absolutist Josephinist (Joseph II 1780-1790) era, when, for example, contemplative religious orders were dissolved. The Reformed and Lutheran religions regained their freedom at the end of the eighteenth century.[1] At that time, although the free exercise of these religions was permitted, their status remained far from equal to that of the Catholic Church. Even though revolutionary legislation in 1848 declared the equality of all accepted religions,[2] the emancipation of Jews did not occur until 1867.[3] It seems clear, that in the Habsburg Empire the Hungarian libertarian political elite, like the Austrian liberals was seeking for solutions in a multireligious and multicultural society[4] that was formed after the Turkish Occupation, although the Catholic Church protected by the Habsburg House tried to obstruct the process and consolidate its prerogatives by all means.

2. The principle of religious tolerance in Islam

Previously, during the Turkish Occupation, however, the Ottoman Empire based on the doctrines of Islam have provided a good example for peoples of different religions to live together in peace.

Islam, like Judaism and Christianity, believes in prophets and messengers of God. To understand the Islamic point of view in this context, we should understand the role of the prophets and messengers. In Qur'an the duties of the Messengers are clearly stated: *"Not upon the Messenger is (responsibility) except (for) notification. And Allah knows whatever you reveal and whatever you conceal".*[5] The Qur'an unmistakably says that religion cannot be forced on anyone: *"There shall be no compulsion in (acceptance of) the religion. The right course has become clear from the wrong. So whoever disbelieves in Taghut and believes in Allah has grasped the*

* Dr. Orsolya Falus PhD, head of department, associate professor of University of Dunaújváros, Hungary.

1 Leopoldi II, Decree, art. 26 (1790).

2 On the Issue of Religion, Act XX (1848). Accepted religions were Latin, Greek, and Armenian Catholic, Reformed, Lutheran, Unitarian, Serbian, and Romanian Orthodox.

3 On the Equality of Israelites in Regard to Civic and Political Rights, Act XVII (1867); SCHWEITZER J. – SCHWEITZER G., A magyarországi zsidók és az izraelita felekezet jogállásának alakulása [The Development of the Legal Status of Jews in Hungary and that of the Jewish Denomination]. In: RÁCZ, L. (Ed.), *Felekezeti Egyházjog Magyarországon* [Denominational Ecclesiastical Law in Hungary]. Budapest, 2004 p. 229.

4 HERGER, E. Cs., *Polgári állam és egyházi autonómia a 19. században* [Civil state and church autonomy in the 19th century] (= Habsburg Történeti Monográfiák 10). Budapest, 2010, p. 63-97.

5 Qur'an 5:99.

most trustworthy handhold with no break in it. And Allah is Hearing and Knowing".[6]

Prophet Muhammad also said: *"O you who do not believe! I worship not what you worship, and you are not worshipping what I worship; nor am I worshipping what you worship; neither are you worshipping what I worship. Therefore, to you your religion; and to me my religion!"*[7]

The Constitution of Medina, or the "Charter of Medina", was drafted by Prophet Muhammad shortly after his arrival at Medina in 622 CE (or 1 AH), following the Hijra from Mecca. The document ensured freedom of religious beliefs and practices for all citizens who follow the believers. It assured that representatives of all parties, Muslim or non-Muslim, should be present when consultation occurs or in cases of negotiation with foreign states.[8] The non-Muslims had the following rights on the condition they follow the Muslims:

a) The security of God is equal for all groups,[9]
b) Non-Muslim members have the same political and cultural rights as Muslims. They have autonomy and freedom of religion.[10]
c) Non-Muslims take up arms against the enemy of the nation and share the cost of war. There is to be no treachery between the two.[11]
d) Non-Muslims are not obliged to take part in the Muslims' religious wars.[12]

In Medina, the role of the Prophet as a mere religious leader ended, and He became the political leader of a state, governed by the precepts of Islam. He constituted so clear laws of governance on professional basis to ensure harmony and stability in a society which once had been distraught by decades of war, one which must ensure the peaceful coexistence of Muslims, Jews, Christians and polytheists. The Constitution thus formed the base of a multi-religious Islamic state in Medina.

During the later subversion of Islam, the prophetic principles were consistently maintained. The word *dhimmitude* comes from *dhimmi*, an Arabic word meaning *protected*. Dhimmi was the name applied by the Arab-Muslim conquerors to indigenous non-Muslim populations who surrendered by a treaty (*dhimma*) to Muslim domination. Islamic conquests expanded over vast territories in Africa, Europe and Asia, from 638 to 1683. The Muslim empire incorporated numerous varied peoples which had their own religion, culture, language and civilization. For centuries, these native, pre-Islamic peoples constituted the great majority of the population of the Islamic lands. Although these populations differed, they were ruled by the same type of laws, based on the Shari'a[13] and other principles of Islamic ethics such as the Sunnahs, which are traditional customs and practices of the Islamic community.[14]

3. Legislation and religious rights during the Turkish Occupation in Hungary

At the turn of the 16th century, large parts of Hungary, most typically its eastern territories and Transylvania converted to the Protestant faith. The spread of Protestantism in the country was aided by its large ethnic German minority, which could understand and translate the writings of Martin Luther. While Lutheranism gained a foothold among the German-speaking population, Calvinism became widely accepted among ethnic Hungarians. In the more independent northwest the rulers and priests, protected by the Habsburg Monarchy which had taken the field to fight the Turks, defended the old Catholic faith. They dragged the Protestants to prison and the stake wherever they could.

The Turkish Occupation was part of the Carpathian Basin under the rule of the Ottoman Empire from the occupation of Buda in 1541 for more than a century and a half until the Habsburg regime occupied the whole country (1686-1699). The Turkish occupation area consisted most of the territory of today's Hungary as well as the northern part of Croatia and Serbia today (Southern Lands; in Hungarian: *Délvidék*). The *Temesköz* (in the territory of today's Serbia and Romania) belonged to the Turkish occupation as well as the Partium of Transylvania. With the occupation of Buda, the Kingdom of Hungary broke into three parts: the "Royal" Hungary (or rather the territory occupied by the Habsburgs), the Eastern Hungarian Kingdom (from 1570 to the Principality of Transylvania), and the territory of the Turkish Occupation.

Map of the Ottoman Empire in the 16th century[15]

[6] Qur'an 2:256.
[7] Qur'an 109: 1-6.
[8] BARAKAT, A., *Muhammad and the Jews*. New-Delhi, 1979, p. 46-47.
[9] Ibid. Article 15.
[10] Ibid. Article 25.
[11] Ibid. Article 37.
[12] Ibid. Article 45.
[13] EL FADL, K. A., *The Great Theft: Wrestling Islam from the Extremists*. San Francisco, 2005, p. 82.
[14] VARGA, J. – CSEH, B., *Az iszlám típusú bank pénzügyi helyzetének elemzése és jogi környezete az IBB iszlám bank példáján keresztül* [Analyzing the financial situation of the Islamic type bank and its legal environment through IBB Islamic Bank's example]. In: *Jura*, vol. 22, no. 1, 2016, p. 153.
[15] TULLIUS, N., *A Short History of the Danube Swabians.* /http://www.dvhh.org/history/1700 s/DS-history~tullius.htm/, last update: 20. September 2017, accessed: 13. 05. 2018.

Here for the administration of domination, the Buda *vilayet* was created. It was headed by the Pasha, and led by the military and civilian government, with the help of an appropriate central magistrate and auxiliary staff. The vilayet was divided into several areas, called *sandjak* (liva), each of which was headed by a Bey. Beside him, the Mufti worked with partly administrative, partly judicial competence. He arranged mainly property and estate lawsuits, as well as inheritance matters, as opposed to the Kadi, who carried out the judgments in civil, criminal and ecclesiastical matters. The Kesedar, as the tax inspector, managed the public income. According to these branches of government and powers, sandjaks were divided into several *nahies*. Sultan Suleiman the Magnificent organized public administration-, justice-, religion- and public education affairs in Buda vilayet just as in other provinces of his empire.

According to the Islamic religious law, in the Ottoman Empire the Jews and the Christians lived safe. They maintained their religion and their local institutions. The Ottoman authorities did not regulate the processes initiated by Reformation at all, however, they did not even persecute the old Catholic church, nor its adherents. Immigrants in the occupied territories (Catholic Bosnians and Orthodox Serbs) thus could bring their own ecclesiastical system with them. Jewish merchants who were in precarious situation in Western European Christian states could also settle down unabated in the cities of the Turkish Occupation. However, of course, the Islamic Church and the monasteries of Dervish orders supported by the state power were also present. Hungary, during the Turkish Occupation, therefore, lived in a religious diversity which was not found elsewhere in contemporary Europe.[16]

The non-Muslim population lived relatively quietly after paying certain taxes: *jizya* and *kharaj*. Most Muslim jurists and scholars regard the jizya as a special payment collected from certain non-Muslims in return for the responsibility of protection fulfilled by Muslims against any type of aggression, as well as for non-Muslims being exempt from military service, and in exchange for the suppliance of poor dhimmis.[17] Kharaj is a type of individual Islamic tax on agricultural land and its produce developed under Islamic law.[18] However, for the payment of the taxes, non-Muslims were exempt from military service, which was compulsory for Muslims.[19]

But the most vigorous influence of the Turkish conquerors on the Hungarian population was that they did not even intend: it was religion. They did not want to bother with religious affairs at all, but the Christians did not leave them in peace. The Turkish authorities were always harassed by them as the Christians demanded them to judge upon their theological disputes. They considered the state as the "sword of the Church" even under the new conditions, although this state was Islamic, but still they wanted to repress each other with secular power. It was not once that Turkish civil servants were present at the summonses of Christians and they decided who was right.[20]

4. A 16th century case with a 21th century sentence: the "Dispute of Buda"

As it has been already stated, the areas under Turkish Occupation enjoyed complete religious freedom at the times of harsh Protestant or other, non-Christian persecutions. Muslim Turkish people did not intervene in the "disbelievers" traditions, however, it happened many times that Turkish beys or the pasha of Buda were asked to play the role of arbiter in the Christians' theological debates. Such debate took place between a Unitarian clergyman and a Calvinist priest in the presence of Mustafa Sokollu in 1574.

The Unitarians denied the existence of the Holy Trinity, for which the other Christian churches, including the Reformed (the Calvinists), were accused them of of heresy. This theoligical debate took place in Baranya county, in Nagyharsány village, and the litigation procedure was continued in Buda, and therefore mentioned later in contemporary documents as the "Dispute of Buda". This theological debate has flourished until it had tragic consequences as György Alvinczi Unitarian clergymen was hanged by the audience, only the other Unitarian priest, called Ambrus Lukács Tolnai, could escape to Pécs city. The Unitarians appealed to the Sultan, who appointed the Pasha of Buda as arbiter. From the *Acta: Türkenkriege 1574-1577*, a German-language document, discovered in 1986, we can obtain more information about this lawsuit.[21]

Pasha Mustafa Sokollu sent summons for Illés Veresmarty, the Calvinist Archbishop, his companions and the Unitarians as well. The pasha of Islamic faith agreed with the Unitarians and sentenced the Calvinists to death. However, the Calvinists were saved by their Unitarian opponents, who asked the Pasha to grant them mercy. The Pasha was generous and pardoned them.[22] The full text of the verdict of Pasha Mustafa Sokollu was translated to Hungarian by János Szász:

„(…) since I belong to the true faith, but no one else of you does this, therefore I can not give you either a verdict or a law concerning the true faith. After God has given so much into our hearts, there are some, who believe in One God – according to our religion -; and there are others, who believe, that God consists in three personalities. And because the Almighty God did not empower authority secrecy for emperors, pashas or others to direct faith, and so God himself governs faith alone; they do not intend, and neither do I want to persecute You because of Your faith,

[16] MOLNÁR, A., Reformáció a hódolt Magyarországon [Reformation in Hungary during the Turkish Occupation]. In: *História*, vol. 31, 2010, p. 5-11.p.

[17] EL FADL, K. A., *The Great Theft: Wrestling Islam from the Extremists.* San Francisco, 2005, p. 204.

[18] LEWIS, B., *The Arabs in History*. Oxford, 2002, p. 72.

[19] MATUZ, J., *Az Oszmán Birodalom története* [The history of the Ottoman Empire]. Budapest, 1990, p. 90.

[20] SZILÁGYI, S., *A magyar nemzet története* [History of The Hungarian Nation]. Budapest, 1898, p. 980.

[21] „Acta: Türkenkriege 1574-1577. Summarischer Auscuge, wie sich die Disputation des Glaubens halben, zugetragen halb, zwischen Christen und Arrianern, zu Ofen denn 8 February, Anno 1565." Cited by János Szász, „Újra a budai disputáról" /About the Dispute of Buda again/ http://unitarius.uw.hu/dok/Szasz%20Janos_Ujra-a-budai-disputarol.doc (January 8, 2012.), accessed July 24, 2017.

[22] ZOVÁNYI, J., *A magyarországi protestantizmus 1565-től 1600-ig* [Protestantism in Hungary from 1565-1600]. Budapest, 1977, p. 131-132.

neither to force You to convert from one faith to another, but those who believe in the Holy Trinity should stay in that belief, and those who do not, should stay in that. So I command all religious denominations to be calm, and do not cause any harm to one another either by words or by deeds. If any religious denomination initiates this, then I will punish it without further action! – (…) the mighty Sultan of Hungarians, Vlachs, Jewish and Greeks and all other nations whom he conquered with his sword, does not intend to force anione to convert, but everybody is to be saved according to his religion. And for you, Bishop, you have no power to hang anyone because God is the sole creator of faith. That's why and I wanted to catch you with your two fellows to hang, but I'm only punishing you with 800 Tallers, and You have to pay this amount for the benefit of the mighty Sultan. And that is all."[23]

Undoubtedly, it can be stated that the 16th-century judgment of the Pasha of Buda could be an example of the posterity, including even the 21st century politicians. It is a fact, however, that after the expulsion of the Turks, the resulting religious diversity which the Ottoman House had accomplished so far, eventually led to the Habsburg legislature's legalization of the equality of religions step by step.

[23] SZÁSZ, J., *Újra a budai disputáról* [About the Dispute of Buda again]. Translated from Hungarian to English by Orsolya Falus. http://unitarius.uw.hu/dok/Szasz%20Janos_Ujra-a-budai-disputarol.doc (January 8, 2012.), accessed July 24, 2017.

Der Betrug in der ungarischen Strafrechtskodifikation an der Schwelle des 19. Jahrhunderts

(Fraud in the Codification of Hungarian Criminal Law on the Threshold of the 19th Century)

Krisztina Korsósné Delacasse *

Abstract

Through the analysis the regulation of fraud will given a potential answer to the question whether the attempts to modernize criminal law in Hungary at the late 18th century – considering this crime – are truly modern. In the comparison are included the Sanctio Criminalis Josephina (1787), a piece of legislation which is not commonly classified as belonging to the Hungarian codification, and the draft of the Codex Criminalis which was completed in 1795 by a committee set up by the Diet in the year following the death of Joseph II. According to scholars, this draft can be considered as the first stage in the process of a modern Hungarian criminal law codification, which was no longer mere incorporation but met the rules of codification in the narrower sense as well as the principles of the Enlightenment, and which was the beginning of a qualitatively new phase of Hungarian legal development.

Keywords: *fraud, stellionatus; falsum; Hungary; criminal law; codification; modernize; Penal Code; draft; legislation; 18th century; Enlightenment; Joseph II; Sanctio Criminalis Josephina; draft of the Hungarian Codex Criminalis 1795; Praxis Criminalis.*

1. Einführung

Durch die vergleichende Analyse eines Delikts in zwei verschiedenen Rechtsquellen ist es möglich, eine Antwort auch auf die Frage zu geben, welcher der mehreren Modernisierungsversuche zur Zusammenfassung des Strafrechts in Ungarn zur ersten wirklich modernen Kodifikation geführt hat, und ob diejenige Arbeit, die von den meisten Wissenschaftlern für eine solche moderne Kodifikation gehalten wird, tatsächlich in ihren Elementen modern ist.

Zur Frage, wie die Strafrechtskodifikation beurteilt werden kann, haben schon zahlreiche Autoren Stellung bezogen, aber je mehr Bestandteile der Kodifikationsergebnisse detailliert untersucht werden, um so mehr kann man sich ein klares Bild davon machen, inwieweit bestimmte Gesetze oder Gesetzentwürfe wirklich modern genannt werden können. Gegebenenfalls wird umgekehrt nachweisbar, dass diese nicht in allen ihren Teilen fortschrittlich sind. Zu unterscheiden ist also, ob ein Kodex hinsichtlich seiner Prinzipien und Institute, die er beinhaltet, als modern erscheint, oder ob er zahlreiche vorwärtsweisende Schritte durchsetzt, oder ob er – aufgrund seiner Entstehung und wegen seines ideologischen Hintergrundes – ein Produkt der aufgeklärten Ideen oder der so genannten Naturrechtskodifikation war.

Bevor eine solche Einschätzung vorgenommen werden kann, sollen jedoch erst kurz die wichtigsten Versuche zu einer ungarischen Strafrechtskodifikation aufgeführt werden. Schon anhand der nachstehenden kurzen Übersicht kann man feststellen, dass es im Hinblick auf die Modernität so viele Thesen wie Autoren gab und gibt; die Meinungen unterscheiden sich im Hinblick auf die Frage, welcher Text aus dem 18. Jahrhundert als erster Kodifikationsversuch in Ungarn bewertet werden soll.

Einige zählen schon das sogenannte Einrichtungswerk von Leopold Kollonits (1689), die in den Corpus Juris Hungarici 1696 aufgenommene Praxis Criminalis und die späteren Bestrebungen zu dessen *„Inartikulierung"* (Inkraftsetzung) oder das sog. Opus Criminalis des Ständetages 1728-29, sogar das Novum Tripartitum hinzu.[1] György Bónis hielt den Entwurf aus dem Jahr 1712 (nach dem Namen des Verfassers, Mi-

* Dr. Krisztina Korsósné Delacasse PhD, Oberassistentin, Staats- uns Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Pécs, Ungarn.

[1] Die Praxis Criminalis war ein Produkt der österreichischen Rechtssetzung, die lateinische Übersetzung der Newen peinlichen Landgerichtsordnung für Niederösterreich (Österreich unter der Enns) des Ferdinand III. Die Ferdinandea wurde 1687 ins Lateinische übersetzt, von Leopold Kollonich mit dem Titel Forma processus judicii criminalis seu praxis criminalis ausgegeben und sogar in den ungarischen Reichstag als Gesetzentwurf eingereicht. Die ungarischen Stände lehnten zwar den Entwurf ab, so dass er nie Gesetzeskraft erreichte, trotzdem wurde er als Teil des Anhangs in die Ausgabe der Corpus Juris Hungarici 1696 aufgenommen. Seit dem Anfang des 18. Jahrhunderts beriefen sich die Patrimonialgerichte und die Komitatsgerichte oft auf die Praxis Criminalis, aber die Sammlung, die man auch *„gewohnheits-Straf-Gesetz"* nannte, durfte für Adelige nicht angewandt werden. Das Novum Tripartitum war ein Gesetzentwurf (1719) der Kommission des Reichstages (sog. Systematica Commissio). Dieses Werk legte das Tripartitum, das berühmte Rechtsbuch von István Werbőczy, also das ungarische Gewohnheitsrecht zugrunde, das eher privatrechtliche als strafrechtliche Regelungen beinhaltete. Bónis, Gy., *A magyar büntetőtörvénykönyv első javaslata 1712-ben* [Der erste Entwurf des ungarischen Strafgesetzbuches im Jahre 1712]. Budapest, 1934. S. 6, Béli, G.–Kajtár, I., Az osztrák (-német) büntetőjogszabályok hatása a magyar jogban a 18. században (a Praxis Criminalis) [Der Einfluss des österreichischen (deutschen) Rechts auf das ungarische Recht im 18. Jahrhundert (Praxis Criminalis)]. In: *Dolgozatok az állam- és jogtudományok köréből.* Pécs, 1988, S. 29-40.

chael Bencsik, in der Fachliteratur einfach Entwurf Bencsik genannt) für den ersten Versuch, ein ungarisches Strafgesetz zustandezubringen, obwohl er selbst zugab, dass die Arbeit schon nach ihrer Zielsetzung nicht das Strafrecht in seiner Gesamtheit umfasste. Andere ungarische Strafrechtshistoriker (z.B. Elemér Balogh) stimmen zu, dass in diesem Entwurf schon eine modernere rechtliche Anschauungsweise im Vergleich zu den auf Werbőczy und seinem Werk Tripartitum basierenden mittelalterlichen Ansichten über das Strafrecht gefunden werden könne, und, so Balogh, deshalb sei es ein sehr gelungener Versuch der Vereinheitlichung der damaligen ungarischen Strafrechtspraxis.[2] Hajdu meinte allerdings, dass erst der 1795 fertig gestellte Entwurf des Codex Criminalis (den er ins Ungarische übersetzt und 1971 herausgegeben hat[3]) als eine moderne Kodifikation angesehen werden kann. In seinem Buch wurde nicht nur der Text des Entwurfes veröffentlicht, sondern es wurden auch die Entstehung und die Vorgeschichte des Entwurfs ausführlich monographisch dargelegt. Hajdu hat in seinem Buch zudem detailliert begründet, warum die früheren Werke keine modernen Kodifikationen seien, und seine Argumentation ist auch heute noch überzeugend.[4] Zwar ist der Begriff Kodifikation seit Jeremy Bentham bekannt, doch ist Kodifikation als geschichtliches Phänomen in seinem inhaltlichen und funktionellen Erscheinungsbild besonders vielfältig, und daher können die divergierenden Meinungen schwierig auf einen Generalnenner gebracht werden, und eine allgemeine Definition von Kodifikation ist alles andere als eine Trivialität.[5] Der Standpunkt der Fachliteratur ist trotzdem im Hinblick auf die wichtigsten – zwar in manchen ihrer Bezüge später ausgearbeiteten – Kennzeichen der „modernen" Kodifikation größtenteils einhellig; Abweichungen gibt es höchstens bei Details der Terminologie.[6]

Da der Begriff der Kodifikation mit der Epoche der Aufklärung verknüpft ist, brachte diese Ideenströmung auch das Bedürfnis nach einer solchen anspruchsvollen, bahnbrechenden und systematischen Rechtssetzung mit.[7] Da nach der aufgeklärten Auffassung die Freiheit der Menschen ausschließlich durch Gesetze beschränkt werden darf, wurde die Erstellung von Kodifikationen schon damals als grundlegende Forderung formuliert, und neben ihrer Form sollte die moderne Kodifikation auch inhaltlich auf den modernen Rechtsprinzipien beruhen.

Zu den ersten wirklich modernen Regelungsversuchen in Ungarn können dann sowohl der Entwurf von 1795 als auch die Sanctio Criminalis Josephina von Joseph II.[8] gerechnet werden. Das *„Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung"* von Kaiser Joseph II. entsprach nämlich nicht nur den vorher genannten Bedingungen eines modernen Kodexes, sogar es war der erste solche – und nicht nur in der Habsburgermonarchie.[9]

Das Strafgesetzbuch von Joseph II. wurde in den Ländern der ungarischen Krone schon im Frühling seines Erscheinungsjahres in Kraft gesetzt.[10] Trotz des Inkrafttretens in Ungarn betrachtet man dieses Gesetzbuch, das ursprünglich *„für alle Länder"* des Herrschers (also für die Erblande des Hauses Habsburg) ausgegeben wurde, als fremdes Recht – das also ohne Mitwirkung des ungarischen Reichstages oktroyiert eingeführt und daher nicht zur ungarischen Strafrechtskodifikation gezählt wurde. Die Vorbereitung der ungarischen Verkündigung der Rechtsnorm zeugt davon, dass der Wille zur Adaptation des Gesetzbuches an die ungarischen Verhältnisse in der Ungarischen Kanzlei vorhanden war. Der Kaiser bestand aber auf einer textidentischen lateinischen Übersetzung ohne jegliche Abweichung, und er basierte die öffentliche Bekanntmachung (*Promulgation*) auf der Arbeit eines Wiener Zensors und nicht auf der Übersetzung der Kanzlei.[11]

---

[2] Bónis, *A magyar büntetőtörvénykönyv,* S. 17-18., Balogh, E., *Die ungarische Strafrechtkodifikation im 19. Jahrhundert*. (Rechtsgeschichte und Rechtsgelehrten, Bd. 12). Zürich–Berlin, 2010, S. 3., Balogh, E., A magyar büntetőjogi dogmatika kezdetei [Anfänge der Strafrechtsdogmatik in Ungarn]. In: *Jogtörténeti Szemle,* Nr. 4, 2008, S. 3.

[3] Hajdu, L., *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet* [Der erste Entwurf des ungarischen Strafgesetzbuches (1795)]. Budapest, 1971, Anhang, S. 387-512. Der lateinische Originaltext der endgültigen Fassung des Entwurfes wurde schon damals in gedruckter Form publiziert und seitdem mehrmals ausgegeben, letzthin in einer Sammlung der ungarischen Strafrechtskodifikationen. Balogh, *Die ungarische Strafrechtkodifikation*, S. 49-144.

[4] Hajdu, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 21-24.

[5] Varga, Cs., *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség*, Budapest, 2002, S. 286.

[6] Oft wurde sie „Kodifikation im engeren Sinne" genannt. Die geläufigen Kennzeichen sind folgende: Abschaffung der Rechtsquellenpluralismus und Schaffung eines bindenden und in der Hierarchie der Rechtsquellen dominanten Kodizes durch einen dazu befugten Gesetzgeber; einheitliche und umfassende Regelung eines Rechtsgebiets; planvolle, systematische, strukturierte und (relativ) vollständige Zusammenfassung, die auf die Zukunft zielt und die auch allgemeine Grundlagen beinhaltet; ein hoher Grad an Abstraktion; konsequentes Begriffsinstrumentarium. Hajdu, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 22-23.; Kajtár, I. – Herger, E.Cs., *Egyetemes állam- és jogtörténet* [Allgemeine Staats- und Rechtsgeschichte]. Budapest–Pécs, 2013, S. 12-13.; Varga, *A kodifikáció*, S. 288-289., 353., 358.; Mertens, B., *Gesetzgebung*. In: HRG Bd. II. Spalte 302-315.; Kroppenberg, I. *Kodifikation* In: HRG Bd. II. Spalte 1918–1930. (www.HRGdigital.de)

[7] Varga, *A kodifikáció,* S. 72-73.

[8] Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung. Patent von 13ten Januar 1787, für alle Länder. In: *Joseph des Zweyten Römischen Kaisers Gesetze und Verfassungen im Justiz-Sache.* Wien, 1817. S. 7-60.

[9] So war auch die allgemeine öffentliche Meinung zu den Strafrechtsreformen von Leopold II. in der Toskana (1786); und die Neuerungen dieses Gesetzes, wie die Abschaffung der Todesstrafe, aller Arten der Folter und der Majestätsbeleidigung als Verbrechen sind tatsächlich lobenswert. Dem stellte Hajdu einige Negativbeispiele gegenüber: Das größte Problem sei, dass das Werk im Sinne der früher aufgezählten Kriterien kein Kodex sei: es sei nicht umfassend genug, gewähre der Geltung lokaler Normen zu viel Spielraum und schaffe ein weites Feld für richterliche Erwägungen, was mit dem Prinzip *nulla poena sine lege* kollidiere. Hajdu, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 24, 53-54.

[10] Die Fachliteratur erwähnt am häufigsten das am 2. April 1787 ausgegebene Patent des Kaisers, der das Gesetzbuch auch in Ungarn einführte. Hajdu datierte hingegen das Patent zur Inkraftsetzung an einer Stelle auf den 2. April, an anderer Stelle auf den 22. März 1787, und zwar in einer Studie, die die Josephina aufgrund von Urkunden der Kanzlei bearbeitete. Hajdu, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 45., Hajdu, L., II. József büntető törvénykönyve Magyarországon [Das Strafgesetzbuch von Joseph II. in Ungan]. In: *Jogtudományi Közlöny* 1974, S. 49.

[11] Hajdu, *II. József büntető törvénykönyve*, S. 49.

2. Der Betrug in der Sanctio Criminalis Josephina

Das Inkrafttreten durch kaiserliche Verordnung entsprach beileibe nicht den heimischen verfassungsrechtlichen Grundlagen, und zudem verringte die Tatsache der nur dreijährigen Geltungsdauer die Bedeutsamkeit des Kodexes; trotzdem kann auch dieses Gesetzbuch in die jetztige vergleichende Analyse eingezogen werden: Nicht nur wegen der Zeitfolge der beiden Werke, sondern weil bis zu dieser Zeit bloß eine einzige in größerem Umfang angewandte Norm in Ungarn bekannt war, nämliche eine Norm zum Betrug. Der Betrug gelangte als eigener Tatbestand zum ersten Mal in das ungarische Landesrecht – mit der Bezeichnung *stellionatus* – durch den Artikel 94 der schon erwähnten Praxis Criminalis. Diese Gerichtsordnung war aber kein modernes Gesetzbuch, deshalb wäre eine Auseinandersetzung mit ihr überflüssig, so dass die Gerichtsordnung hier nur als Vergleichsbasis angeführt wird.[12]

An diesem Punkt sei kurz auch auf die Frage der Terminologie eingegangen. Ein auf Ungarisch *„csalás"* (Betrug) namhaft gemachtes Verbrechen erschien bei ungarischen Strafrechtskodifikationen erst in einem Gesetzentwurf aus dem Jahr 1843, dessen Kapitel XVIII. mit dem Titel *„Über dem Betrug"* begann, und die spätere Gesetzgebung blieb dann bei diesem Fachwort.[13] In der damaligen strafrechtlichen Literatur und in der Gerichtssprache sind noch weitere verschiedene Bezeichnungen des Betrugs zu finden, die in der deutschen Sprache schwierig wiedergegeben werden können, weil diese ungarischen Wörter keine deutsche Entsprechung haben.[14] Die Originalsprache der hier behandelten zwei Kodizes war aber noch Deutsch beziehungsweise Latein. Die benutzten Fachausdrücke für den Betrug waren *stellionatus* und *falsum*, wobei keine genauere Differenzierung erfolgte, und in der Josephina verwendete man den Ausdruck *Trug*.

Hajdu meinte übrigens, dass die Bestrebungen von Joseph II. den ersten ernsthaften Anstoß für die Entwicklung der ungarischen juristischen Fachsprache lieferten. Der Herrscher war der erste, der – angeregt durch die Gedanken der deutschen Aufklärung – die Praxis einer Übersetzung der wichtigsten Verordnungen in das Ungarische einzuführen versuchte, damit die Bevölkerung den Inhalt der Rechtsvorschriften kennenlernt.[15] Auch sein Strafgesetz wurde mehrfach auf Ungarisch herausgegeben.[16]

Der Josephinische Kodex zerfiel in zwei Bestandteile: der erste Teil befasste sich mit den Kriminalverbrechen und Kriminalstrafen, der zweite Teil behandelte die politischen Verbrechen und die zugehörigen Strafen;[17] die Grenzlinie zwischen den beiden Typen der strafbaren Handlungen wurde jedoch nicht genau gezogen.[18]

Am Anfang des sechsten Kapitels – das die Verbrechen umfasste, *„welche auf Vermögen und Rechte Beziehung haben"*[19] – steht der Paragraph zum Tatbestand des Betrugs: der § I.148 nannte *stellionatus* und *falsum* zusammenfassend *Trug*. Die damalige ungarische Ausgabe des Gesetzbuches übersetzte den § I.148 als „Betrügerei im Vertrag", und eingeschlossen in Klammern zählte der Text nur *stellionatus* und *Trug* (aber *falsum* nicht mehr) auf. Diese Version war daher dem tatsächlichen Geschehen nur grob entsprechend. Liest man den Originaltext, stellt sich heraus, dass die früher unter *stellionatus* und *falsum* fallenden Delikte an dieser Stelle vereint und zusammenfassend geregelt wurden, was sich aber aus dem ungarischen Text nicht ergab; folglich war *falsum* auf diese Weise einfach verschwunden. Das war ein Fehler der Übersetzung, weil aus den folgenden Paragraphen (§ I.149–155) sichtbar wird, dass einige der dort behandelten Taten früher zum *falsum* gehört hatten oder nun als selbständige Delikte in den ungarischen Rechtsquellen auftauchten. Man muss aber feststellen, dass *falsum* gemäß der ungarischen Fachliteratur des 18. Jahrhundertes eine Zusammenfassung mehrerer Delikte bedeutete: es ging um eine beabsichtigte rechtswidrige Täuschung Anderer durch Mitteilung falscher oder durch die Vorenthaltung wahrer Tatsachen, und diese betrügerische Handlung musste jemandem einen Nachteil in seinen Rechten zufügen.

Der *Trug* im Josephinischen Kodex umfasste diese früher voneinander abweichenden Delikte. Der § I.149 gab zu Beginn eine umfassende Begriffsbestimmung: *„Im allgemeinen macht sich des Truges schuldig jeder, der durch was immer für Ränke und List fremdes Eigenthum an sich zu ziehen, oder jemanden aus böser Absicht an Vermögen, Ehre, Freyheit oder seinen Rechten zu schaden sucht, ohne Rücksicht auf die Mittel, deren sich der Betrüger bedienet, und ohne darauf zu sehen, ob er seine Absicht wirklich erreichet habe oder nicht."* Der Halbsatz ganz am Ende führt dazu, dass das Verbrechen auch dann vollendet ist, wenn der Schwindler sein Ziel nicht hatte realisieren können.

Die nächsten Abschnitte bestimmen spezielle Fälle, die früher im ungarischen Recht zu anderen Verbrechen zählten oder als spezielle Delikte formuliert waren, doch in diesem Gesetz sind diese zu besonderen Fällen des Betrugs geworden. § I.150 beschäftigte sich mit der Urkundenfälschung, die mit oder ohne Nachahmung fremder Unterschrift oder durch nachträgliche Änderung ohne Einwilligung der Parteien verwirklicht werden kann, und diese Tat konnte nicht nur der tatsächliche Verfälscher, sondern auch diejenige Person begehen, die diese

[12] In einem früheren Aufsatz habe ich *stellionatus* in den Ferdinandea dargestellt. KORSÓSNÉ DELACASSE, K., A csalás a Ferdinandea szabályozásában, avagy miért éppen stellionatus, In: BÉLI, G. – KORSÓSNÉ DELACASSE, K. – HERGER, E.Cs. (Hrsg.), *Ut juris ordo exegit: Ünnepi tanulmányok Kajtár István 65. születésnapja tiszteletére* [Ut juris ordo exegit: Festschrift für István Kajtár zum 65. Geburtstag]. Pécs, 2016, S. 147-155.

[13] FAYER, L., *Az 1843-iki büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye*. Budapest, 1896, Bd. I, S. 86-88.

[14] Ein Versuch ohne Anspruch auf volle Übereinstimmung der ungarischen und deutschen Begriffe: Straftat des Vorgaukelns *(szemfényvesztés bűne)*, verbrecherischer Betrug *(csalárdság bűntette)*, Schwindlerei *(imposztorság)*, listiger Betrug *(világ-csalás)*, pfiffiger Betrug *(fortélyos csalás)*.

[15] HAJDU, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 173.

[16] Das Gesetzbuch wurde noch 1787 in Pest ausgegeben, und im nächsten Jahr erschienen weitere zwei Ausgaben in Ofen und in Pest.

[17] Da im Gesetzbuch die Nummerierung der Paragraphen im zweiten Teil wiederbeginnt, sind die Hinweise darauf in dieser Studie wie folgt: § I.148 = erster Teil, § 148 etc.

[18] GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht*. Berlin, 1902, S. 81.

[19] Dazu gehörten noch der Diebstahl, der Raub, die Brandlegung und die Doppelehe.

Falsifikation erfand. § I.151 regelte die falsche Zeugenschaft und die Verleitung dazu. § I.152 erklärte den Gebrauch von falschen Namen, Würden, Charaktern und Standesangaben zu Verbrechen: Wenn jemand mit dem Missbrauch des Namens oder Titels, oder sich unter erborgtem Scheine unrechtmäßigen Gewinn zueignet, oder jemanden an Vermögen, Ehre, Freiheit oder den ihm zustehenden Rechten Schaden zufügt, bzw. jemanden zu Handlungen verleitet, die er ohne den an ihm verübten Betrug nicht begangen hätte. Betrüger war ferner gemäß § I.153 derjenige, der den minder aufgeklärten Geist irgendeines Menschen oder seine naiven Religionsbegriffe oder Vorurteile missbraucht und sein Opfer zu gesetzwidrigen oder zu solchen Handlungen verleitet, die dem Opfer oder anderen zum Nachteil gereichen. Zum Betrug wurden außerdem einige anwaltliche Delikte gerechnet (§ I.154), wie die Verletzung von Parteigeheimnissen oder der Parteiverrat, wenn also ein Anwalt mit Rat und Tat oder im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteil seiner Partei handelte. Das war auch nach dem früheren ungarischen Gewohnheitsrecht eine sog. Prävarikation (*calumnia* im erweiterten Sinne).

Zur Bestrafung des Betrugs regelte § I.155, dass die aufgeführten „besonderen Fälle" des *Truges* die Gattung dieses Verbrechens nicht erschöpfen, und die Wege der Betrügerei ebenso mannigfaltig in der Art, als verschieden in den Graden der Böshei, sein können. Daher sei nicht möglich, als Strafe für dieses Verbrechen, dessen stärkere oder geringere Strafbarkeit von den begleitenden Umständen abhängt, eine bestimmte Strafe festzusetzen. Deshalb wurde bestimmt, dass der Richter als Strafe dauerhaftes oder zeitlich begrenztes, verschieden harte Arten der Gefängnisstrafe und auch öffentliche Arbeit zumessen konnte. Zudem blieb das Recht der Betrogenen oder der Geschädigten auf Genugtuung und Entschädigung vorbehalten. Wenn die Umstände es nötig machten, musste die Strafe verschärft werden. Die im Kodex aufgelisteten Strafverschärfungsgründe sind hier nur insoweit relevant, dass einige davon auch viel Spielraum für eine richterliche Bewertung der Umstände ließen (z.B. im Hinblick darauf, was ein „wirklich beträchtlicher Schaden" war, wenn jemand aufgrund des Betrugs einen Schaden erlitten hatte, oder ob die verwendete Arglist eine solche war, gegen die man sich nur schlecht hätte hüten können, oder ob es nicht möglich gewesen war).

All diese Fälle gehörten zum Tatbestand des Verbrechens Betrug. Aber man darf sich nicht auf den ersten Teil des Kodexes beschränken, denn im zweiten Teil, unter den politischen Delikten gegen das Vermögen und gegen die Rechte anderer, werden ebenfalls betrügerische Handlungen erwähnt.[20] Allerdings ist eine genau benannte, geringfügige Deliktsform des Betrugs in diesem Teil des Gesetzbuches nicht zu finden. Als Diebstahl war bewertet, wenn die Tat zusammen mit einer Betrügerei verwirklicht wurde (§ II.32). Im § II.31 stand eine spezielle Form der Tatbegehung: Wenn der Dienstbote die für seinen Dienstherrn gekaufte Ware mit einem erhöhten Preis übergab, oder wenn die Sache von geringerem Wert oder Gewicht war, als er angegeben hatte. Der Paragraph II.33-34 pönalisierte, wenn jemand während erlaubter Spiele schwindelte, z.B. falsche oder verfälschte Karten und Würfel benutzte, oder fremdes Spiel verraten ließ. Im § II.40 stand das Verbot der Verwendung von falschen Maßen und Gewichten. § II.42 bestrafte diejenigen als Gaukler, die sich in die Geschäfte eines Dritten einmischten und ihn durch Vorspiegelungen zu mutwilligen Streitigkeiten und Beschwerdeführungen verleiteten und veranlassten.

Zusammenfassend kann man zu den Vorschriften der Sanctio Criminalis Josephina hinsichtlich des Betrugs feststellen, dass das Gesetzbuch in diesem Teil aus der Sicht einer modernen Strafrechtskodifikation nicht einwandfrei war. Der Kodex legte den Betrug als selbständigen Tatbestand fest, aufbauend auf den früher zum *stellionatus* und *falsum* gehörenden Fällen und anderen, einst selbstständigen Delikten. Schon diese allgemeine Deutung des Betrugs kann aber nicht als ausgereift beurteilt werden. Der Betrug wurde bei den Verbrechen gegen das Vermögen geregelt, aber diese Straftat betrifft nicht nur Vermögensrechte, sondern auch die Ehre, die Freiheit oder andere Rechte des Opfers verletzen. Ein besonderes Merkmal ist zudem, dass auch der Versuch als vollendetes Verbrechen angesehen wurde; die Gesetzstelle lautet wie erwähnt: *„Oh er (der Täter) seine Absicht wirklich erreichet habe oder nicht"*. Es wurde also wegen Betrugs auch der bestraft, der mit Arglist jemanden betrügen, überlisten, einem das Vermögen entziehen wollte, auch wenn ihm das nicht gelang. Der Straftat konnte also ohne eine tatsächliche Verletzung der Vermögensrechte nur durch eine bewusste Täuschung begangen werden.

Es fehlt ferner an der Homogenität der Regelung zwischen dem ersten und zweiten Teil des Gesetzbuches, denn es gab keine einzige „Betrug" genannte Straftat in zwei verschiedenen Qualifizierungsformen (d.h. das Verbrechen des Betrugs als schwerere und das politische Delikt des Betrugs als minderschwerere Form), es gab nur das eine einzige Kapitalverbrechen. Die betrügerischen Polizeidelikte waren im zweiten Teil in einzelnen, getrennten Tatbeständen bestimmt, abhängig davon, unter welchen Umständen (z.B. im Verhältnis zwischen Dienstherrn und Dienstboten, während eines Spiels oder in Zusammenhang mit einem Prozess usw.) diese verwirklicht worden waren. Schon im ersten Teil wurden die typischen Handlungen, die als Betrug anzusehen waren, trotz der allgemeinen Definition kasuistisch dargelegt, in dieser zweiten Hälfte des Kodexes öffnete sich jedoch ein noch weiterer Raum für die Kasuistik. Deshalb hat man den Eindruck, in dem Gesetzbuch seien diese Verbrechen nur formell miteinander verknüpft, und den Kodifikatoren sei es nicht gelungen, einen wirklich neuen und praktisch benutzbaren Begriff zu konstruieren.

Im § I.155 ist sogar die mittelalterliche Erklärung von *stellionatus* feststellbar: Der Betrug hat zu viele mannigfache Erscheinungsformen, so dass das Gesetz sie nicht erschöpfend aufzählen kann. Diese Andeutung klingt sehr ähnlich zu jener in der Ferdinandea und Praxis Criminalis. Deren Art. 94. § 1 handelt von der *„täglich zunehmenden Bösheit der Menschen, wodurch die Betrüge so wachsen, dass man denselben fast keinen absonderlichen Namen geben kann"*. Es muss aber hinzugefügt werden, dass

[20] Wichtiges Merkmal ist dabei, dass diese eigentlich Bagatelldelikte (Polizeidelikte) waren und nicht vor Gerichten gehörten, sondern vor Verwaltungsbehörden, was von ungarischer Seite bestritten war; die Septemviraltafel kritisierte das Verfahren in politischen Delikten in mehreren Punkten. HAJDU, *II. József büntető törvénykönyve*, S. 54-55.

die eben erwähnte Bestimmung in der Gerichtsordnung vom Ferdinand III. die Erklärung des Verbrechens selbst war, und im Josephinischen Kodex „nur" die Begründung der Ungenauigkeit der in Aussicht gestellten Strafen problematisch war. Wenn man den Maßstab anlegt, dass es ein modernes Gesetzbuch ist, sollte es allerdings nicht nur in allgemeinen, sondern auch bei der Regelung einzelner Straftaten dem Prinzip *nulla poena sine lege* entsprechen.

3. Der Betrug im Entwurf vom 1795 des ungarischen Codex Criminalis[21]

Der ungarische Reichstag beschloss ein Jahr nach dem Tod von Joseph II. die Errichtung von Deputationen mit der Aufgabe der Modernisierung und Kodifikation (Gesetzesartikel 67. vom Jahr 1791). Die daraufhin errichtete Deputatio Juridica fertigte 1795 den Entwurf eines ungarischen Strafgesetzbuches an, der nach dem Abschluss der Arbeit an die königliche Kanzlei geschickt wurde, aber nie vor die Ständeversammlung gelangte.

Obwohl die Verabschiedung dieser Vorlage scheiterte, kann sie als erste Station einer eigenen ungarischen Strafrechtskodifikation im modernen Sinn betrachtet werden, obwohl Balogh einschränkend formuliert, dass dieser Text nur „relativ modern" sei und der Entwurf noch bestimmte Unvollkommenheiten habe. Sicher ist jedoch, dass durch diese Arbeit eine qualitätsmäßig neue Epoche der heimischen Rechtsentwicklung begann. Es lag nun keine bloße Eingliederung (*Inkorporation*) mehr vor, sondern der nicht verabschiedete Entwurf entsprach weitgehend den Kriterien der modernen Kodifikation und stand unter progressiven europäischen ideologischen, politischen und wissenschaftlichen Einflüssen. Diese These lässt sich besonders durch die Einleitung des Entwurfs und seine sogenannten *Prinzipia* belegen, und vor allem durch den geplanten Text jenes Gesetzes, dass den Entwurf in Kraft setzen sollte: Dort sind auf markante Weise Leitsätze des modernen Strafrechtes widerspiegelt,[22] auch wenn es fraglich ist, ob sich die ungarischen Stände (und insbesondere die adeligen Mitglieder der Kommission) den Reformen verpflichtet fühlten, vor allem weil die für das Gesetz grundlegende bürgerliche Gleichberechtigung der Nichtadeligen während der Arbeit an dem Entwurf in Frage gestellt worden war.[23]

Im lateinischen Originaltext kam der Betrug als *stellionatus* beziehungsweise *falsum* vor. Das Verbrechen wurde in dem vorletzten Kapitel des materiell-rechtlichen Teils[24] geregelt, der die Straftaten gegen die Güter, das Vermögen und die Freiheit der Bürger enthielt. Schon aus dieser Überschrift ist ersichtlich, dass es um diverse rechtliche Themen ging und jedenfalls keine Beschränkung auf die Vermögensdelikte erfolgte. Lobenswert ist dennoch, dass der Entwurf bestimmte Gruppen von Straftaten in Kapiteln geordnet voneinander abzutrennen versuchte und dabei die Lehren von Filangieri über die Einteilung der Delikte anhand der geschützten oder zu schützenden gesellschaftlichen Interessen übernahm.[25] Diese spätere Konstruktion des materiell-rechtlichen Teils war schon am Anfang der Kodifikationsarbeit aus den Skizzen der Kommissionsmitglieder ersichtlich. Eine Konzeption des Urentwurfes grenzte die einzelnen Gruppen der Strafteten in sechs Titeln ab, und zwar aufgrund des Rechtsgutes, gegen das sich die Tat richtete. Bis Fertigstellung des Entwurfs im Jahr 1795 blieben davon allerdings nur fünf Titel übrig.[26]

Das Kapitel über die Verbrechen, die das Vermögen, die Güter und die Freiheit der Bürger gefährden, umfasste auch die Weglagerung, den Raub, den Menschen- und Frauenraub, die Nötigung, den Diebstahl, die Unterstützung von Dieben, die Urkunden- und Siegelfälschung, die Verletzung des Briefgeheimnisses und die Brandstiftung. Doch sind einige Delikte, die sich ebenso gegen die im Titel benannten Interessen richteten, in anderen Kapiteln zu finden – die Anordnung war demnach noch nicht ganz sorgfältig.

Wenn man auf die Reihenfolge der Delikte in dem erwähnten Kapitel blickt, sieht man, dass der Betrug – laut dem Kodex *„stellionatus seu falsum"* – gleich auf den Diebstahl (Art. 39) folgte und noch vor der Urkunden- und Siegelfälschung (Art. 41) angeführt wird. Der Diebstahl wird als reines Vermögensdelikt verstanden, aber die Strafwürdigkeit der Fälschung folgt vor allem aus der Tathandlung, die (wenn man vor dem Hintergrund der heutigen Auffassung formuliert) der öffentlichen Glaubwürdigkeit zuwiderläuft. Die Verfasser des Entwurfs ordneten den Betrug zwischen den beiden Gesichtspunkten ein, und daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass sie den Betrug teils als Vermögensverbrechen, teils als ein Verbrechen gegen die Wahrheit im Allgemeinen beurteilten. Hajdu stellte zwar fest, dass sich die Kommission inkonsequenter Weise nicht von der im Titel aufgestellten Reihenfolge leiten ließ, sondern mit den Delikten anfing, die mehrere Rechtsgegenstände gefährdeten, so dass erst dann die reinen Vermögensdelikte folgten.[27] Ich nehme aber an, dass das Aufeinanderfolgen der im Kapitel erwähnten Straftaten nicht zufällig war, vielmehr eine immanente Logik besaß.

---

[21] *Codex de delictis eorumque poenis pro tribunalibus Regni Hungariae patriumque adnexarum per regnicolarem juridicam deputationem elaboratus*.

[22] Der Entwurf ließ z.B. Zeit für das Kennenlernen des Kodizes: das Inkrafttreten wurde für 6 Monate verschoben. Es deklarierte den Grundsatz *nullum crimen sine lege* und schrieb das Außerkraftsetzen jeder von den Vorschriften des Gesetzbuches abweichenden Rechtsnormen vor; keine andere Rechtsquelle solle Straftaten bestimmen können. Der letztere Satz wurde aber dadurch abgeschwächt, dass einige Stellen des Kodizes (vor allem der abschließende Artikel über die unbestimmten Delikte) für Komitate die Möglichkeit schafften, in ihren Statuten Verbote festzustellen und Verstöße gegen diese Verbote mit Strafsanktionen zu bedrohen. HAJDU, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 173-174.

[23] HAJDU, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 22-28., 72., 172., BALOGH, *Die ungarische Strafrechtkodifikation,* S. 11., BALOGH, *A magyar büntetőjogi dogmatika*, S. 3.

[24] Der Entwurf enthielt in seinem ersten Teil auch das Strafprozessrecht.

[25] HAJDU, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 103.

[26] Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit, gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bürger, gegen die Ehre der Bürger, gegen die Güter, das Vermögen und die Freiheit der Bürger und endlich gegen die Sitten. BALOGH, *Die ungarische Strafrechtkodifikation*, S. 10., HAJDU, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 8-10., 103.

[27] HAJDU, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 336.

Wenn man die Struktur des gesetzlichen Tatbestandes des Betrugs in jenem Entwurf vertieft analysiert, ergibt sich, dass die (mindestens teilweise verwirklichte) Eingliederung des Betrugs in die Gruppe der Vermögensverbrechen rein äußerlich ist – der Entwurf konnte die im 18. Jahrhundert in Ungarn verbreiteten Erläuterungen der Täuschung, die sich wiederum auf die aus dem vorherigen Jahrhundert stammende Strafgerichtsordnung stützten, nicht überwinden. Zwar befassten sich die Rechtssetzung und auch die Rechtsliteratur schon damals mit dieser Problematik, doch gab es soweit ersichtlich keine einheitliche Definition des Betrugs, und die meisten Rechtsgelehrten waren der Ansicht, dass Betrug einfach die Entstellung der Wahrheit sei. Diese These war wahrscheinlich aus der gewöhnlichen römischrechtlichen Definition des *falsum* abgeleitet.[28]

Die Erläuterung lautete im Entwurf von 1795: *„Die Betrügerei, also das Verbrechen des Betrugs, ist im Allgemeinen die auf die Beschwindeln oder Beschädigung von anderen gerichtete Veränderung und Verschleierung der Wahrheit mit jeglicher arglistiger Pfiffigkeit"*.[29] Die Schädigung wurde also in der Definition mitgedacht – aber der Tatbestand konnte auch ohne tatsächliche Schadenszufügung erfüllt werden: Die Vorschrift legte nämlich fest, dass sich die Handlung auf eine Schadenzufügung richtete, und nicht dass sie tatsächlich einen Schaden verursachte. Absicht und Erfolg waren dieser Formulierung zufolge gewissenmaßen verflochten,[30] aber die Denkweise des damaligen Strafrechts war von den späteren dogmatischen Problemen und Begriffselementen noch ziemlich weit entfernt. Man hat den Eindruck, dass die Verfasser eher durch ihre praktischen Erfahrungen und ihre rechtlichen Gefühle und weniger durch rechtsdogmatische Überlegungen angeleitet worden waren. Im Vergleich zu unseren modernen strafrechtlichen Begriffen war in diesem Tatbestand das Tatverhalten die Veränderung und Verschleierung der Wahrheit (also die Lüge), die Begehungsweise war die *„arglistige Pfiffigkeit"*, die Absicht das Beschwindeln oder die Beschädigung von anderen, doch der Erfolg wurde vom Kodifikator nicht einbezogen. Sowohl die Josephina als auch die Gesetzesvorlage vom 1795 schrieben im Hinblick auf das vollendete Verbrechen keinen tatsächlich entstandenen Schaden vor, so dass in diesem Tatbestand das zu schützende Interesse nach wie vor die Wahrheit und nicht das Vermögen war.

Die Definition wies ferner eine starke Übereinstimmung mit dem Artikel 94 der Praxis Criminalis auf, da der Kodex nur einen Grundtatbestand des Betrugs aufführte und dann erklärte, dass die Typen des Betrugs so verschieden sind, dass alle aufzuzählen unmöglich sei. Daher wurden nur einige Beispiele des Betrugs aufgezählt, mit deren Hilfe auch die anderen bewertet werden können.[31] Der Unterschied ist lediglich, dass die Praxis Criminalis nur fünf solcher speziellen Fälle nannte, in dem Entwurf von 1795 hingegen eine Liste der möglichen Tathandlungen von b) bis v) auf ungefähr zwei Seiten Text als Exempel angeführt war. Die Verfasser gaben also eine lange, aber unvollständige Auflistung, wodurch eine höhere Stufe der Abstraktion nicht erreicht werden konnte.

Blickt man auf die Entstehungsgeschichte des Entwurfs, sieht man einen weiteren interessanten Aspekt: Ein Grund für die sehr kasuistische Regelung des Betrugs waren Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit der Deputationen. Der Ständetag hatte nicht nur einen Ausschuss, die Deputatio Juridica, einberufen, sondern auch weitere Kommissionen zu verschiedenen Fachangelegenheiten gegründet. Mehrere andere Deputationen, wie die Deputation für Verwaltungsfragen oder die Deputation für Bergbauwesen, verlangten von der juristischen Deputation nur das Verbot und die Pönalisierung bestimmter Handlungen, ohne aber eine Systematisierung zu liefern. Es gibt konkrete Beispiele, die zeigen, dass die Vorschläge anderer Ausschüsse manchmal eins zu eins übernommen wurden, wie die Absätze s), t) und u) des Artikels 40, § 3, die bei der Deputation für Bergbauwesen entstanden waren und die als Vorschläge des Bergbauausschusses unverändert übernommen worden waren.[32] Dazu gehörten auch mehrere Unterfälle des Betrugs, die eher Fälschungen betrafen als den Betrug, aber trotzdem im Artikel 40. geregelt sind.

Diese Inkonsistenz beim Umgang mit dem Betrug zerstörte im Wesentlichen auch die aus der Sicht heutiger Strafrechtler nötige Trennung der Tatbestände des Betrugs und der Fälschung, die eine Prämisse der modernen Begriffsbestimmung des Betrugs ist. Hingegen hat die Josephina diesen Grad der Entwicklung nicht erreicht.

Eine weitere Frage ist, inwieweit die auch in der Einleitung des Kodexes festgestellten modernen Doktrinen bei der Darlegung der einzelnen Verbrechen umgesetzt wurden. Unter Berücksichtigung der oben genannten Auslegung war der Begriff zu weit gefasst: Die Regelung betonte die Vielfältigkeit des Betrugs und gab nur Kategorien vor. Die Kombination von Definition plus Aufzählung einiger Beispiele, die zur Einstufung anderer benutzt werden können, ist also kritisch zu sehen. Diese Vorgabe des Gesetzes bedeutet eigentlich, dass nicht nur die genau umschriebenen Handlungen, sondern auch die nur ähnlichen Taten zur Strafbarkeit führten, was eigentlich eine Analogie darstellt und gegen den Satz *nullum crimen sine lege* verstieß.

4. Schlussfolgerungen

Sowohl die Sanctio Criminalis Josephina als auch der Entwurf von 1795 des ungarischen Codex Criminalis werden als moderne Kodizes eingestuft, aber die Regelung des Betrugs war in beiden Gesetzbüchern etwas unausgegoren und nicht völlig frei von inneren Widersprüchen.

Was in beiden Kodexen als fortschrittlich bewertet werden kann, ist der Versuch, den Betrug zu begreifen und zu definieren, aber bei beiden blieb es eigentlich bei Anläufen. Obwohl

---

[28] *„Falsum est quid-quid in veritate non est, sed pro vero adseveratur."* Paulus (Coll. 8. 6. 1.)

[29] *„Stellionatus, seu crimen falsi in genere est quelibet veritatis immutatio vel supressio, dolo malo, in fraudem, sive damnum alterius facta."* Art. 40. § 1, Satz 1.

[30] Madai, S., *A csalás büntetőjogi értékelése* [Die strafrechtliche Bewertung des Betrugs]. Budapest, 2011, S. 27.

[31] *„Quot itaque fraudum in damnum cujuspiam directarum, totidem fere stellionatus sunt species. Et quia omnes easdem recensere impossibile, aliqua saltem falsi exempla hic adducuntur, e quibus reliqua aestimari poterunt."* Art. 40. § 1, Satz 2-3.

[32] Hajdu, *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*, S. 116-117.

das Verbrechen Betrug bereits – mindestens formell – als selbstständiger Tatbestand in der Gruppe der Vermögensverbrechen geregelt wurde, mangelt es an der völligen dogmatischen Ausgereiftheit der Definition. Man kann zwar diesen Werken nicht vorwerfen, dass der Betrug nicht rein als gegen das Vermögen gerichtete Tat aufgefasst war, denn die Strafgesetzbücher des nächsten Jahrhunderts sahen das Wesen des Betrugs noch Jahrzehnte lang in der Verdrehung der Wahrheit und nicht in der Beschädigung von Vermögenswerten. Erwähnenswert ist jedoch, dass sich – wohl uneinheitlich – schon damals, also am Anfang des 19. Jahrhunderts, eine davon abweichende Auffassung in der ungarischen Fachliteratur entfaltete.[33]

Hinsichtlich der Abgrenzung von Betrug und Fälschung, die übrigens später von Theoretikern ausgearbeitet wurde, war die Lösung des Entwurfes von 1795 moderner als die der Josephina. Das Gesetzbuch von Joseph II. unterschied überhaupt nicht zwischen den zwei Verbrechen, es regelte sogar die Fälschung als ein Tatverhalten innerhalb des Betrugs; demgegenüber grenzte der ungarische Entwurf diese voneinander ab, was als erster kleiner Schritt in Richtung der Emanzipation des Betrugs als eigenständiger Tatbestand angesehen werden kann.[34] Die Herausnahme des Betrugs aus der Gruppe der *crimen falsi* wurde in Europa tatsächlich erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts sowohl gesetzlich als auch rechtsdogmatisch realisiert. Man darf folglich die restlose Verwirklichung dieses Vorgangs zu einer früheren Zeit noch nicht verlangen.

Der gesetzliche Tatbestand des Delikts Betrug war in keiner der untersuchten Kodizes präzise genug, und die unklare Formulierung bzw. die viel zu detaillierte, kasuistische Darlegung mutierte oft eher zur Aufzählung von Beispielen. Es scheint so, als ob unter der Straftat Betrug einander ähnliche Handlungen nur technisch zusammengefasst wurden, aber man konstruierte keinen neuen, wirklich gut abgegrenzten und funktionierenden Betrugsbegriff, deshalb blieben die Grade der Abstraktion in beiden Kodizes niedrig.

Die Legalität und die Gesetzesgebundenheit waren im Strafrecht der Aufklärung Prinzipienfragen, und um die richterliche Willkür zu eliminieren, forderte man oft rigide die buchstäbliche Anwendung der Rechtsnormen.[35] Das bedeutete zugleich die Bindung des Richters an das Gesetz, so dass er sich nicht auf den Geist des Gesetzes beziehen durfte; daraus ergab sich auch das Verbot der Analogie. Die Regelung des Betrugs war insoweit inkonsequent und stand zu diesen Leitlinien im Widerspruch, denn die Begriffsbestimmung ähnelte in beiden Gesetzbüchern dem veralteten Begriff von *stellionatus*, von dem man sich nicht trennen konnte. Auch tauchte die zu elastische Definition aus dem vorherigen Jahrhundert wieder auf: der Betrug habe zu viele Erscheinungsformen, die nicht vollständig aufgezählt werden könnten. Dies führte dazu, dass die Kodizes sowohl bei den Rechtsfolgevoraussetzungen des Verbrechens als auch bei der Darlegung der Strafen für einen Betrug zu Formulierungen griffen, die zur Analogie beinahe aufriefen – ein Vorgehen, das den Ansprüchen der modernen strafrechtlichen Grundsätze *nullum crimen sine lege* beziehungsweise *nulla poena sine lege* nicht genügt.

Die im Vorstehenden genannten Beispiele zeigen, dass zwar sowohl die Sanctio Criminalis Josephina als auch der ungarische Entwurf vom 1795 wichtige Fortschritte im Hinblick auf eine Kodifikation im engeren Sinne machten. Doch erlitt das Niveau dieser Werke dadurch einen Einbruch, dass sie nicht allen Anforderungen der modernen Kodizes, wie einem hohen Grad an Abstraktion, einem stringenten Begriffsinstrumentarium oder einem vollkommenen Durchbruch der progressiven strafrechtlichen Maximen, genügten.

[33] Angyal, P., *A csalás*. A magyar büntetőjog kézikönyve 16, Budapest, 1939, S. 33.
[34] Madai, *A csalás büntetőjogi értékelése*, S. 27-28.
[35] Als gutes Beispiel dafür lässt sich die Spannung zwischen Joseph II. und der ungarischen Septemviraltafel über die Anwendung des Gesetzbuches anführen. Hajdu, *II. József büntető törvénykönyve*, S. 53.

Transformations of the Habsburg Monarchy Based on Relics of Legal Culture in Galicia

Marian Małecki *

Abstract

The Habsburg Monarchy was a specific state compared to other European countries. It resulted mainly from the number of nations that inhabited the empire, and which influenced its final shape. The recollection of the Austrian reign in Galicia was and still is not pejorative as the devices and legal solutions of that time are doing well. Preserved monuments of legal culture show the main trends of transformations, changes and, finally, state modernization of the Habsburg Monarchy. These are buildings of judicial jurisdiction, such as courts, prisons, rural arrests, administration signs (including road signs and equipment), measures of weights, units of length, places of toll collection, and administration buildings, like district offices; new spaces of communication, e.g. markets of the cities founded by Austria; symbols of power, such as border posts, thrones, heraldry of Galicia and the Habsburg Monarchy, and, finally, the seat of local parliaments.

Keywords: *Habsburg Monarchy; Galicia; monuments of legal culture.*

1. General Remarks

The Commonwealth of Poland, once a strong state, due to the lack of reforms was gradually liquidated by three neighbouring states in the 18th century. They were: Russia, Prussia and the Habsburg Monarchy.[1] From these times, which lasted for 123 years, there remained traces of legal archaeology, or more precisely, the legal culture.[2] Interestingly, they show the full evolution of both the political system and the law, which fundamentally changed in this area from the eighteenth to the twentieth century.

Preserved monuments of legal culture show the main trends of transformations, changes and, finally, state modernization of the Habsburg Monarchy. In the work, only some of them were presented, yet, they give a wide view of the reality. Not all of them were symbols of national enslavement as almost all of them were used after 1918, when Poland regained its independence.

These are buildings of judicial jurisdiction, such as courts, prisons, rural arrests, administration signs (including road signs and equipment), measures of weights, units of length, places of toll collection, and administration buildings, like district offices; new spaces of communication, e.g. markets of the cities founded by Austria; symbols of power, such as border posts, thrones, heraldry of Galicia and the Habsburg Monarchy, and, finally, the seat of local parliaments. There will also be the talk of the liquidation of the "old order"- the mark of the past judiciary, and the display of a new one – for the new times.

The Commonwealth, once a powerful state, in the second half of the 18th century experienced a crisis of its sovereignty. It was the result of the lack of necessary reforms, which were already carried out in the adjacent countries, dominated by the so-called enlightened absolutism, and were only yet to be carried out in the Polish-Lithuanian state.[3] Added to this was the expansive policy of Poland's neighbours, especially Russia and Prussia, which together with Austria appealed to Poland with territorial pretensions. The Polish state, after an unsuccessful uprising against Russia, and from the place where it was established (Bar in Ukraine) called the Bar Confederation (1768-1772), had to agree to the loss of some lands, which were successively enlarged leading to the erasure of Poland from the map of Europe. For over 100 years Poles lived under the rule of three courts: St. Petersburg, Berlin and Vienna. Out of these three capitals, the Austrians granted the most rights to the Poles. Their power was tolerable, which resulted from the imperial court rule: "*Foriter in re, sauviter in modo*". Over time, Austria, inhabited by more than a dozen nationalities, had to make concessions. The changes and modernization of state power also served this purpose. It can be seen in the example of the very process of acquiring Polish lands by the Habsburg

* Dr. habil. Marian Małecki PhD, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Kraków, Poland.

1 GRODZISKI, S., *Polska w czasach przełomu 1764-1815* [Poland in the times of the breakthrough 1764-1815]. Kraków, 1999, p. 7.

2 MALECKI, M., Dawne zabytki prawa w Krakówie [Old monuments of law in Kraków]. In: SCHELLE, K. (Ed.) *Pravni Archeologie (Sbornik z Mezinarodni vědeckē konference pořdanē v Katedrou společnskych věd Fsv CVUT v Praze a The European Society for History of Law, pod patronatem prezidenta Pamātkove komory Česke republiky.* Ostrava, 2011, p. 74-89.

3 MARKIEWICZ, M., *Historia Polski 1492-1795* [Polish History 1492-1795]. Kraków, 2004, p. 651.

Monarchy. At the time of the first partition, Austria was already after the Theresian reforms, while the territories annexed by Austria (called Galicia) were before the reforms initiated by the Four-Year Sejm in Poland and crowned with the Constitution of May 3, 1791, the first constitution written in Europe. Therefore, Galicia struggled with delays in the Enlightenment reforms, but which was trying to catch up over the years. This is evidenced by some facts:

- dealing with the symbols of medieval law, in the form of liquidation of the tools of punishments and public execution sites,
- going for the extension of prisons, penal labour facilities, hospitals for the insane with rooms for particularly dangerous people, which was a manifestation of the rationalization of criminal law,
- adapting the symbolism of state power against the background of political changes in Europe, especially after the Congress of Vienna (1814 - 1815),
- demonstrating the democratization of political life by giving Galicia the so-called autonomy.[4]

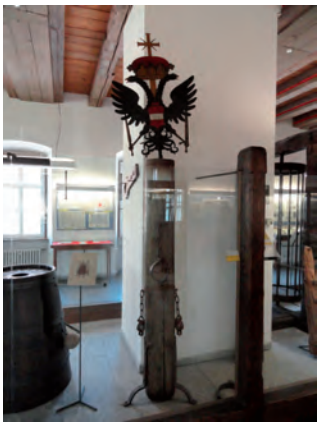
All these manifestations, which have the character of gradual reforms and changes, have been reflected in material historical monuments that have survived to our times. Until now nobody has dealt with the presentation of the modernization of Vienna's state power with regard to the province of Galicia, especially, by examining material traces from the legal and constitutional point of view.

This article is an attempt to present the subject matter only through the prism of selected examples. However, they fit in well with the evolutionary character of the Habsburg Monarchy. It begins with changes in the legal space of the state of enlightened absolutism and ends up with the monuments of the legal culture of the autonomous era. Of the latter, the buildings of local parliaments and the seats of national authorities come to the fore.

2. Liquidation of the manifestations of medieval law and enlightened absolutism

The power of enlightened absolutism stood in the position of liquidation of old tools used for executions such as pillory, scaffolds or gallows. This practice is visible especially in the Habsburg Monarchy, where the vast majority of such monuments have been destroyed. One of the few preserved pillories is the Austrian pillory at the Medieval Crime Museum in Rothenburg. Apart from the traditional post with shackles, it has the Austrian coat of arms at the top.

Almost no pillory has survived in Galicia. The only fully preserved so called 'Austrian' pillory is in the Criminal Museum in Rothenburg (Bavaria), on the photo.



In the former Galicia, only relics of this type of equipment remained, as they were dismantled, especially since the Consitutio Criminalis Josephina (1787) entered into force. In Bielsko-Biala, on the corner of the market, the base of the city's pillory has survived,[5] and in the St. Mary's Church in Kraków two iron shackles in the side entrance of the church can be seen.[6]

The preserved, punishment collary is located on the square in Kraków in front of the entrance to the St. Mary Church.

They served to perform temporary punishments restricting freedom. The punishment of being put in such shackles was used for crimes of a moral nature, against honour, violating religious freedom, and less often, for crimes against property. The original pillory has been preserved in the capital of Galicia - Lviv, which now can be seen in the Lviv City Museum.[7]

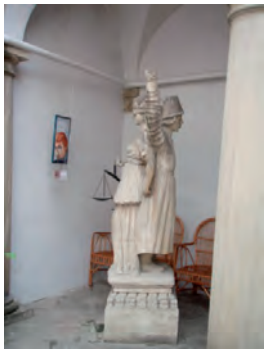
[4] MALECKI, M., Reformy stosunków majątkowych Kościoła katolickiego w świetle józefińskiego ustawodawstwa w Galicji [Reforms of property relations of the Catholic Church in the light of Joseph's legislation in Galicia]. In: *Krakówskie studia z historii państwa i prawa pod redakcją Wacława Uruszczaka i Doroty Malec*. Jagiellonian Uniwersytety, Kraków, 2004, p. 123-135.; MALECKI, M., Fundusz Religijny w Galicji na tle innych funduszy religijnych w monarchii habsburskiej w okresie reform józefińskich [Religious Fund in Galicia in comparison with other religious funds in the Habsburg monarchy during the Josephine reforms]. In: *Pravnehistoricke studie* 37. Praha, 2005, p. 109-118.

[5] More on this topic: MALECKI, M. (Ed.) Archeologia prawna Bielska – Białej i współczesne aspekty ochrony zabytków. Praca zbiorowa pod red. dr Mariana Małeckiego [Legal archeology of Bielsko-Biała and contemporary aspects of monument protection. Collective work, edited by dr Marian Małecki]. In: *Zeszyty Studenckie Wyższej Szkoły Administracji w Bielsku – Białej*, Nr. 8, Bielsko – Biała, 2015, p. 105.

[6] MAISEL, W., *Archeologia prawna Polski* [Polish legal archeology]. Warsaw – Poznan, 1982, p. 134.

[7] It presents a figure of a hangman.

A base of the Lviv pillory, which depicts executor and Temida, the goddess of justice, has also survived. (Museum in Lviv)



The Kraków pillory was dismantled, and its base (a column) was transported to a choleric cemetery in Mydlniki,[8] outside the city. This part of the pillory can be seen to the present day.

The sites strongly associated with the death penalty were gallows, popularly known as "Galgenbergs". These places, in the era of enlightened absolutism in the Habsburg Monarchy, were systematically destroyed. Interestingly enough, in Kraków, in the place of the former municipal gallows, the Helclów Social Welfare Centre and the Social Insurance building were raised.[9] Years later, it was changed to a prison for women where Germans nazi murdered Polish women during the occupation. Sometimes, these places were transformed into squares or parks, which can be exemplified by the city of Kazimierz (today a district of Kraków).

Prison for women in Helzlów street in Kraków

Judgments were executed on a hill called Lasota Hill, where a square commemorating this place has been preserved to this day. The situation was somewhat different in Lviv, where the death sentences on Polish insurgents were carried out by Austrian officials in the middle of the 19th century. Along with the liquidation of places associated with the execution, also tools for punishing evildoers were destroyed. This applies in particular to instruments of torture or death penalty instruments such as executioner's swords, and finally tools for stigmatization or mutilation (maiming).[10] In Kraków, the knife for mutilation has survived. However, it is not the original one, as it was previously stolen. It was located in the intersection of the Cloth Hall, called Sukiennice, on the market square of the former capital of Poland.[11]

Unserved places of executions in the royal castle and on the market square in Kraków. Near that place there is the chapel dedicated to St. Mary.

Instruments of torture from the nearby magistrate were preserved by the well-known painter - academician Jan Matejko, who placed them in his collections. After the death of the painter, The House of Jan Mateyko Museum[12] was created (still in Austrian times) where all these relics of the old law (e.g. shackles or Spanish boot) can be seen to this day.

Fetters were taken to museums. The Polish historical painter, Jan Matejko, had bought back the fetters and executor's swords of Kraków and placed them in the museum he founded.

With the abolition of the death penalty (Josephina and Leopoldina), punishment tools were destroyed in the Habsburg Monarchy, generally pilluries, punishment collaries, fetters, and executor's swords. In very few cities, they have survived to this day. In the photo: Executioner's sword in Lviv (City Museum)

Only few executioners' swords survived, for example, the sword of Kraków executioner, the sword of the executioner from Oświęcim or Lviv. The rest were lost or intentionally destroyed. After all, they were symbols of power from which enlightened absolutism was trying to separate.

[8] ROZEK, M., *Przewodnik po zabytkach Krakówa* [A guide to the monuments of Krakow]. Kraków, 2010, p. 177.
[9] MALECKI, Dawne zabytki prawa w Krakówie, p. 78.
[10] About the behavior of these monuments in Kraków compare MALECKI, M., Kraków's Legal Heritage. In: *Journal on European History of Law,* No. 1, 2012, p. 162-169.
[11] MALECKI, Dawne zabytki prawa w Krakówie, p. 81.
[12] MALECKI, M., O substancję narodową. Sejm i Wydział Krajowy Galicji w ratowaniu spuścizny matejkowskiej [For a national substance. Sejm and the Galicia National Department in rescuing Matejko heritage]. In: *Studia Iuridica Lublinensia*, vol. 25, No. 3, 2016, p. 629-641.

The situation in rural areas was worse as the feudal lords, who continued to exercise power over their subjects, did not want to get rid of such attributes easily. In the village of Trstena (today Slovakia), neighbouring with Chochołów (Galicia), the original peasant arrest under the open sky has been preserved. It is located at the entrance of the church. Recently, peasant arrest in Kryry (Prussian Silesia) has been discovered, which gives an idea of this type of also in Galicia. Such arrests were functioning until the end of World War II.

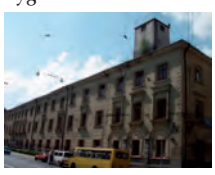
To sum up, it is worth noting that the vast majority of these types of monuments were destroyed consciously, and those that remained were reused or served as a relic of an ancient law. Such activity denotes changes in the way of thinking of the Habsburg court, which to maintain its power had to modernize the space of its authority in the cities and villages.

3. Transformations in a modern system of substantive criminal and procedural law and relics of the legal culture

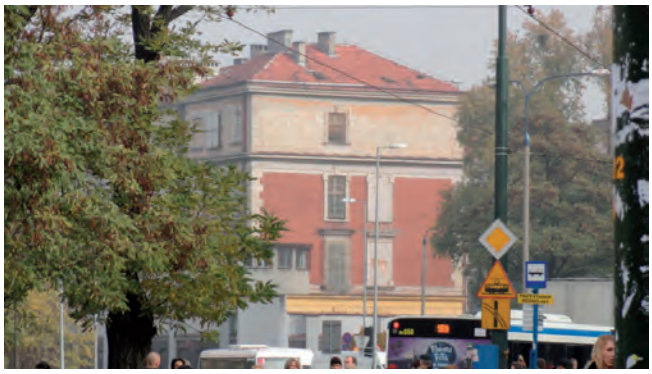
In place of the death penalty, the custodial sentences were introduced. These involved not only imprisonment but, in the case of the so-called security measures (most often, when the guilt of the perpetrator could not be proven): penal labour facilities, juvenile halls, and finally, sectioned off spaces in psychiatric hospitals. The latter was built in Kraków Kobierzyn, and for Eastern Galicia, in Lviv. Detention centres for youthful offenders were built in Lviv, Kraków and Przędzielnica. Especially the last one served as a model centre and was also used after Poland regained its independence.

Prisons were located in the main cities of Galicia, although the tendency was to create them in every city which was the capital of the district. The most known prisons of the Austrian provenance that still exist, are Brygidki prison in Lviv, St Michael prison in Kraków, Montelupich prison in Kraków, prison in Nowy Wiśnicz. An example of a district prison is the prison in Wadowice. Interestingly, these prisons were created mostly in the buildings of the former monasteries. This was a result of the practical implementation of the idea of Josephinism in the Habsburg Monarchy. Numerous dissolutions of the monasteries led to the use of these sites as prisons. An example is a notorious prison in Lviv (set in the former monastery of Brigidine Sisters) or the Kraków prison of St Michael, the former monastery of the Discalced Carmelites.

The symbols of Austrian power were courts and prisons. They have survived in Kraków, Lviv and some provincial cities. Prisons have also been preserved to our times. They have been converted from dissolved monasteries (like St Michael in Kraków, Brygidki in Lviv). Prison Bygidki in Lviv



Prison Montelupi in Kraków



Austrian prison in Bielsko-Biała

Austrian court of justice in Biała

The coat of arms of the Habsburg Monarchy was placed on the outer wall of the prison, which emphasized the real character of the state power. Those prisons often adhered - even though it was not a rule - to court buildings. Of course, this was due to practical reasons as it was easier to ensure safety by transporting the criminal from a short distance rather than from another city. A classic example of connecting a prison with a court building is Wadowice. This city, known in the world as the birthplace of Pope John Paul II, was a model district city in Galician times. The prison was built together with a court

building in the city centre and this system is used to this day. Just as it it was the case with St Michael prison in Kraków.

St Michael's prison in Kraków

In Lviv, this issue was slightly different. It was a capital city, and the Brygidki prison was located about 2 km from the court buildings, but still in the city centre. Old prisons, especially those located in the old magistrates, were systematically liquidated. In Kraków, for example, a prison and torture chamber was located under the Town Hall Tower. They were liquidated in the early nineteenth century. It was a quite unique place since even in Old Polish times the prison wall adhered to the rooms of an inn called India. Paradoxically, this tavern had a bad reputation as it became a meeting place for the criminal underworld of old Kraków. Other sites that were destroyed: the medieval executioner tower, the executioner's helper (*hycel*) tower and even the only in Europe – the cemetery for beheaded, near the church of St Gertrude.

There was a small cemetery of decapitated people close to the market in Kraków from the Middle Ages. In Habsburg times (first half of the nineteenth century) it was closed and since that time there is a park here. The city walls were liquidated, as well as the house of the executioner.

4. Modernization of the legal and political system in towns and villages in Galicia

The infrastructure of the city itself also changed. The new division of Galicia into districts carried out in 1867 and the following years, forced the creation of centres of local power in these places. Therefore, small markets and districts courts were created in every district capital. That way, a new kind of public space was developed in Galicia. Markets and buildings of state power were previously unknown in the villages. As an example of such sites, we can mention markets in Liszki near Kraków or market in Alwernia. With time, it came to a grotesque fight over importance between those two small towns. They referred to access to the seat of the district court, i.e. communication matters, historical significance and even touristic values. Materials related to this phenomenon are available for inspection in the State Archives in Lviv. In addition, new cities with Austrian-based infrastructure were built. An example of such is Jozef Stadt, today's district of Kraków – Podgórze.

Wisła was a border river after the first partition of Poland (1772) and parted Kraków, the previous capital of Poland, into two parts: Podgórze in the south, named in honor of Joseph II (Jozef Stadt) and Kraków, the old city. In the pictures there are views from the Wawel castle to the Austrian part called Cisvistulana.

The outward manifestations of state power were signs and border posts. They were put on the borders of states, but also provinces, separately on the borders of private properties. Partially preserved state border can be seen in the area of the town of Strumień. It separated Galicia from Prussia. The borderline consisted of a bank on which, at irregular intervals, border stones or posts were placed. In the places where the bank collapsed border mounds were created on which border stones were also placed with the letter "D" (Deutschland) on one side and "Ö" (Öesterreich) on the other. In a different part of that border – as in the area of the village of Góra – in Brzeszcze, buildings of custom office, border guard posts and the remains of the border barriers were preserved.

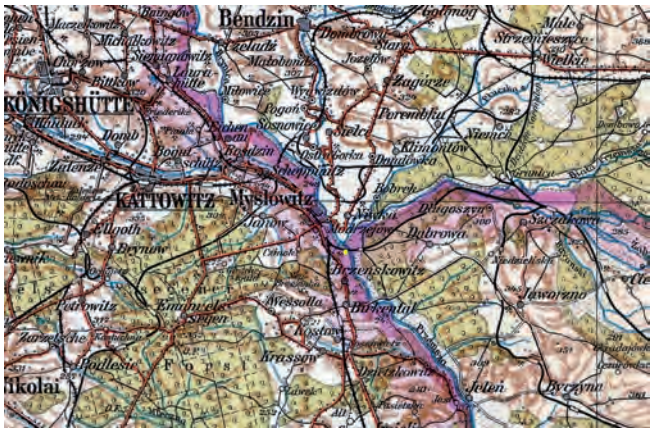
Border marks of the Austro-Hungarian Empire can still be founded on the past borderland of Galicia, Cieszyn and Upper Silesia. In some places, the Prussians and Austrians placed border banks on which they set border signs. A well-preserved boundary shaft of Prussia and Austria can be found near Strumień (town in western Galicia). It remained to us from the nineteenth century. It is an interesting fact, that it was placed poles on mounds on the collapse of border. One of them is visible in the picture. The letter "D" means Germany and the letter "O" stands for Austria.

Border signs between provinces can be seen, for example, near the town of Chybie – separating Galicia from the estate of Cieszyn Silesia. They are situated in a forest belt near the town.

Austrians also placed border signs between provinces, for example between Cieszyn Silesia and Galicia, or between Galicia and the Czech Republic like the stone founded near Chybie (visible in the picture).

Another interesting aspect was the border crossing between three partitions – Austria, Russia and Prussia near the city of Mysłowice in Upper Silesia. The estates were separated by the rivers: Przemsza, Black Przemsza and White Przemsza. Since 1871 (reunification of Germany) this place was called the "Three Emperors' Corner" (*Drei Kaiser Ecke*), as the borders of William I – German emperor, Franz Joseph I – Emperor of Austria, and Alexander II – Tsar of Russia met here. Today an obelisk commemorates the place but during the partitions, it was possible to purchase some appropriate souvenirs. The small steamers shuttled there and the number of visitors varied between 3.000 and 8.000 annually.

Between 1815-1831, after the Congress of Vienna, the borders of the Kingdom of Congress, Prussia and the Kraków Republic under the protectorate of three invaders coincided. Between 1831-1846, after the incorporation of the Kingdom of Poland into Russia as an autonomous province, it was a tripartite of the borders of Russia, Prussia and the Republic of Kraków. Then, after the latter was incorporated into the Austrian Empire, during 1846-1871, the boundaries between the Kingdom of Prussia, the Austrian Empire (from 1867 Austro-Hungary) and the Russian Empire converged there.



The triangle of the 'Three Emperors' was created after 1871 when the German reunification occurred in this place. It was still on the border of the Kingdom of Prussia, and became at the same time the border point of the German Empire, as well. The border lines crossed the rivers Biała Przemsza, Czarna Przemsza and Przemsza. The place was a destination of trips and a tourist attraction.

Likewise, the Vistula River was a borderline after the First Partition of Poland – separating the borders of the partition from the still-existing Commonwealth. The Austrian estates were called Cisvistulana, but no material traces of this border remained to this day. Border marks of particular villages, towns or even urban districts can be often found, even in urbanized Kraków. Near the place where the former gallows of the city of Kraków was located, a border stone has been preserved in the wall of the tenement house in the district of Pędzichów.

Border sign of Kraków

Road signs are relatively rare. They often show the distance between a particular place and Vienna as the capital. One of the few preserved road signs is located in the town of Zabrzeg near Czechowice Dziedzice and it informs about the distance of 322 km from Vienna to this place. However, quite a large number of Austrian measures of length and volume have been preserved. Most museums, like those in Bielsko, Kraków or Lviv, have them as they were in common use and they were also a visible symbol of power. The relatively rare devices of this type are water meters (e.g. on the Vistula or Dniester). These main rivers of Galicia were imaged on the building of the Galician Parliament in Lviv. One of such water meters has been preserved near Czechowice - Dziedzice – showing the state of water on the river Vistula in its upper reaches.

At the city fortifications, there were buildings in which charges for entry into the city were collected – so-called toll. In some cities, we can still notice such houses. They are quite characteristic, as their body overlapped the sidewalk or roadway. In Kraków, this building has been preserved to this day at Józef Piłsudski Street where now it operates a hotel.

On the toolgates of Galician cities, there were located custom duties buildings, similarly as in other countries of the Habsburg monarchy. In Galicia, toll custom duties were regulated from the times of Maria Teresa to 1918. Only a few of such buildings have survived to this day. One example is the Kraków toll at Piłsudski road (in the picture).

5. The symbolism of power

The insignia of power, placed in the public buildings, was not always showing the coat of arms of the state or the colours of the Monarchy, but also the ruler himself. The portrait of Emperor Franz Joseph I from the railway station (probably from Bielsko-Biała) is in the Museum of Military History of Silesia in Pszczyna. It is a symbol of the ruling dynasty presence in a given city. The Austro-Hungarian crests are kept in numerous museums as in Lviv, Kraków or Brody in Eastern Galicia. There are also many relics related to the stay of the ruler in a given place. They were to consolidate the Austrian authority in Galicia. In the town of Chybie there is a plaque informing about Emperor Joseph II stay in this place and near the village of Landek, in remembrance of Franz I stopping there, a cross was built. In the Cloth Hall in Kraków there is a place where the citizens paid homage to Emperor Franz Joseph I. In Lviv there were even more relics of that kind but after Poland regained its independence in 1918, they were gradually removed.

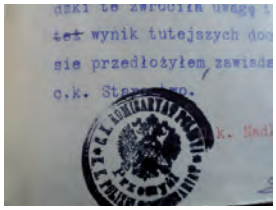
Coat of arms of Galicia and Habsburg Monarchy (City Museum of Lviv)

Museum in Brody, piece of chair, which belonged to Lviv's city council

There were numerous buildings of the judicial power. The rule was to create such courts in the seats of all districts and some of them are used to this day. Several court buildings have been preserved in Lviv (this refers to all types of courts, including appeal courts), in Kraków (even the prosecutor's office- General Inquisitor's Office, has survived), in Bielsko-Biala, Wadowice and many other cities. Also, the buildings of the gendarmerie and guardhouses have survived to this day. Although a large part of these buildings still exists- they have different functions. An example is the building of the district department in Biala (today Bielsko-Biala), which serves as an industrial plant.

Nozdrzec. The only monument in the World dedicated to the abolition of serfdom

Many stamps of the Galician offices have survived to our times. They are the seals of the Sejm, the National Department, the governor, the municipal government and the court. Initially, they were made in German language, later in Polish and in German, and in the times of autonomy only in Polish and in Ukrainian.



Before autonomy

During autonomy

6. The peak of reforms – Galician Autonomy

Since the Spring of Nations, the Galician Autonomy became a manifestation of the democratization of life in Austria. It resulted in new insight into the Habsburg Monarchy, which gave her an advantageous position over other countries of East-Central Europe. To this day, many nationalities perceive the community of states in united Europe through the perspective of the countries of the Imperial-Royal Monarchy. The term Galicia does not connote the Austrian partition, but a form of cooperation between different nations in one area under the Habsburg rule. In the area of Kraków, the humorous name of Aunt Austria is still used – as a reference to the old pre-independence order. An external manifestation of this autonomy, in the context of relics of legal culture, is certainly the buildings of local parliaments. Several of them have survived in Galicia.

Above all, it was the building of the Senate of the Republic of Kraków – a city republic created by the Congress of Vienna in 18th October 1815, with the law based on the Napoleonic civil code.

The former Nowodworski College was chosen for this purpose. It was near St Anne's Collegiate Church and the former building of Collegium Maius of the Jagiellonian University where deliberations of this quasi-state took place. The Republic of Kraków consisted of four cities: Kraków, Chrzanów, Trzebinia, Nowa Góra, and 224 villages. The executive power was held by the so-called Governing Senate consisting of 12 people from the Assembly of Representatives, the Jagiellonian University and residents of welfare states. Legislative power belonged to the Assembly of Representatives, elected through the curial system. All decisions of this state could be vetoed by the residents of the partitioning powers. The Republic of Kraków was liquidated after the Kraków Uprising (February 1846) against the Austrian jurisdiction. The building of the Free City of Kraków authorities has survived to this day. The seat of the residents of the partitioning powers was located at the Wawel Royal Castle. The former seat of Polish kings deteriorated with time mainly due

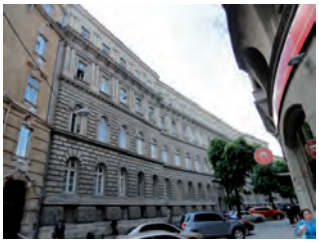
to military barracks that were placed in it. Fortunately, under the reign of Emperor Franz Joseph I, the residence regained its former glory. It was possible due to the transfer of the castle to the Emperor by the National Department (the executive body of the National Parliament). The Emperor generously gave it back and agreed to its major restoration.

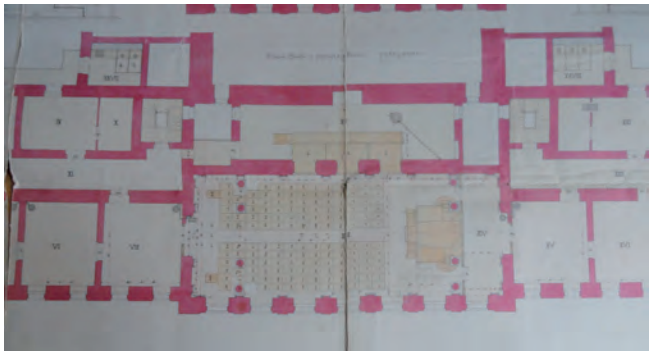
The building of the National Parliament was initially situated in the Skarbek Theatre, in the so-called Redutowa Hall, in Lviv. It was, however, a laughing stock for the national authorities because of its location, therefore it was decided to build a new seat. The building was erected between 1877 and 1881 in neo-Renaissance and neo-baroque style. The Sejm had a room heated by a specially constructed heater, and also a place for the public and the press.

The most important authority of autonomy was the Galician Parliament. It was based in the theater of the Skarbek, an aristocrat of the time. After a new 'Sejm' building was built at the end of the nineteenth century. Both buildings have been preserved to contemporary times. The 'Sejm' was a symbol of authority in Galicia. Nowdays there is an university in building of Galician Sejm.

The whole was arranged according to a specially selected symbolism. It was an attempt to reconcile the ornamentation of Polish and Ruthenian (Ukrainian) origin. On the façade of the Sejm building a monumental sculpture of Teodor Rieger, *The Guardian Spirit of Galicia* was placed. It depicts a standing woman as a symbol of Galicia and two sitting figures, man and woman, the symbols of the Dniester and Vistula river. Below there is an allegory of love, justice, truth and faith, and two groups of sculptures symbolizing education and work. In the vestibule, there are statues of Polish rulers: Mieszko I and Casimir III the Great, and rulers of Ruthenia: Vladimir the Great and Yaroslav the Wise. In the very building of Sejm two paintings by Jan Mateyko were put: The Union of Lublin and The Constitution of the 3rd May 1791. The building underwent various fates, eventually becoming the seat of, firstly, John II Casimir University, then Taras Shevchenko (Ivan Franko?) University.

Executive authority *(Wydział krajowy)* was located in the part of Parliament. It served as the national government. These pictures show the preserved building of Parliament and a plan for its construction.





7. Summary

The Habsburg Monarchy was a specific state compared to other European countries. It resulted mainly from the number of nations that inhabited the empire, and which influenced its final shape. There were many attempts at saving the Monarchy, mainly by increasing the sovereignty of the dependant countries resulting in the autonomy of the so-called Habsburg royal domains. Without contesting the role of other nations like Hungarians, Czechs or Slovaks, it is worth paying attention to Galicia, the poorest country in the Monarchy, which, gradually rose from its poverty thanks to, both, its enterprising officials and the Vienna government. As a result, the recollection of the Austrian reign in Galicia was and still is not pejorative as the devices and legal solutions of that time are doing well. This is worth remembering in a unifying Europe. Yet, is it unified?

Modernisierung der japanischen Beschäftigungspraxis. Hatte der Westen einen Einfluss darauf?

(Modernization of Japanese employment practice. Can we speak of a western influence?)

Yuko Shimada *

Abstract

The development of Japanese labor law has been influenced, for historical reasons, by German and American law. Nonetheless, Japanese labor law has retained its distinctive features, which can be attributed in particular to the so-called Japanese employment practice, namely the existence of lifetime employment, seniority wage system and enterprise trade unions. Was this Japanese employment practice also influenced by Europe? Or does it have its roots in the Japanese early modern society? In this essay I consider this question from a historical point of view.

Keywords: *long-term employment; seniority wage system; enterprise trade unions; Japan.*

1. Die japanische Beschäftigungspraxis

Historisch hat sich das japanische Arbeitsrecht unter dem Einfluss des deutschen und auch des amerikanischen Rechts entwickelt. Dennoch ist das japanische Arbeitsrecht dem deutschen oder amerikanischen Recht nicht sehr ähnlich und weist eine gewisse Eigenart auf, die sich insbesondere auf die sogenannte japanische Beschäftigungspraxis bezieht.

In Japan wird die Arbeitsbeziehung traditionell nicht nur als ein reiner Austausch von Arbeit gegen Entgelt verstanden, sondern vielmehr als eine besondere Beziehung zwischen Personen. Die Wahl, in welchem Unternehmen man eingestellt wird, ist eine sehr wichtige Wahl im Leben, dass sie mit der Wahl eines Lebenspartners verglichen werden kann. Ein Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin werden nicht nur als reine Arbeitskraft behandelt, sondern vielmehr als ein Mitglied des Unternehmens. Arbeitnehmer sind sich dieser Mitgliedschaft selbst stark bewusst und sehen diese als Teil ihrer eigenen Identität an. Ein solches Bewusstsein wurde hervorgerufen und gefördert, durch die traditionelle japanische Beschäftigungspraxis.

Die japanische Beschäftigungspraxis lässt sich anhand von drei typischen Elementen erklären, die lebenslange Anstellung, das Senioritätsprinzip und die Unternehmensgewerkschaften.

1.1 Die lebenslange Anstellung

Zuerst eine Erklärung zur Bedeutung der sogenannten lebenslange Anstellung: Das Wort „lebenslang" ist eigentlich missverständlich. Üblicherweise bedeutet es lediglich Beschäftigung bis zu einer bestimmten Altersgrenze und nicht etwa bis zum Tod der Arbeitnehmer.[1] In Japan wurden Arbeitnehmer in vielen Fällen direkt nach der Absolvierung der Universität eingestellt und arbeiteten bis zur Pensionierung bei denselben Arbeitgebern.[2] Das liegt daran, dass die Arbeitgeber sich bisher intensiv für eine Beschäftigungssicherheit eingesetzt haben. Sie haben also versucht, Kündigungen der Arbeitnehmer möglichst zu vermeiden, und andere Mittel, z.B. Kostenreduzierungen oder Gehaltskürzungen vorzunehmen, auch wenn ihre finanzielle Situation sehr schlecht war. Andererseits war auf Arbeitnehmerseite der Firmenwechsel auch relativ selten.

1.2 Das Senioritätsprinzip

Mit dem Senioritätsprinzip bezeichnet man ein System, bei dem Stellung und Entgelt von Arbeitnehmern dem Dienstalter entsprechend regelmäßig ansteigen. Die Korrelation zwischen der Lohnhöhe und dem Alter bzw. den Dienstjahren gibt es nicht nur in japanischen Unternehmen, sondern auch in anderen Ländern. Die Besonderheit vom japanischen Lohnsystem liegt im Ausmaß, wie stark diese Korrelation ist. Die Lohnsteigerung z.B. eines Arbeitnehmers in einem Großunternehmen ist sehr stark. Dieser Zuwachs macht, ausgehend von dem jeweiligen Startgehalt, etwa 250 % aus. Der vergleichbare Wert für deutsche Arbeitnehmer liegt dagegen nur knapp über 100 %.[3] Der höchste Lohn wird nach etwa 30 Jahren Betriebszugehörigkeit erreicht. In Japan ist das Einstiegsgehalt niedrig. Aber der Betrag steigt mit dem Alter bzw. Dienstalter stark an. Nach dem Höhepunkt, im 55. Lebensalter des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin sinkt der Betrag wieder ein bisschen.

* Assoz. Prof. Dr. Yuko Shimada, Universität Kyoto, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Japan.

1 NISHITANI, S., *Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht.* Köln, 2003, S. 3.

2 HANAMI, A. – KOMIYA, F. – YAMAKAWA, R., *Labour Law in Japan.* Netherland. 2015, S. 50.

3 HOLZHAUSEN, A., *Das japanische Beschäftigungssystem in der Krise*. Wiesbaden, 1998, S. 46 f.

Diese Lohnkurven entsprechen auch einem angepassten Gehaltssystem an die Lebenshaltungskosten.[4] Allgemein gesagt braucht ein Jugendlicher direkt nach Abschluss der Schul- bzw. Berufsausbildung nicht viel Gehalt, weil er bzw. sie nur sich alleine unterhalten muss. Im Regelfall heiraten die Arbeitnehmer wenige Jahre nach der Einstellung in einem Unternehmen. Dann wird davon ausgegangen, dass ein Arbeitnehmer in der Regel auch seine Frau erhalten soll. Ein paar Jahre später sind Kinder zu erwarten, die ebenfalls unterhalten werden müssen. Je älter Kinder werden, desto mehr Geld wird für ihren Unterhalt benötigt. Je älter also ein Arbeitnehmer wird, desto mehr Gehalt wird benötigt. In diesem Sinne ist das Senioritätsprinzip bisher ein zweckentsprechendes und rationales System in Japan gewesen.

1.3 Die Unternehmensgewerkschaften

Die Gewerkschaften in Japan sind fast alle Unternehmensgewerkschaften (bestehen aus Angestellten und Arbeitern), während in Europa meistens Industriegewerkschaften vorhanden sind.[5] Die Eigenart der Unternehmensgewerkschaft in Japan besteht in ihrer Tendenz, Gewicht auf die Harmonie mit dem Arbeitgeber zu legen. Sie fordert in der Regel keine Gehaltserhöhungen, wenn die finanzielle Situation des Arbeitgebers schlecht ist, denn die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Arbeitgebers führt zu einer Gefährdung der Arbeitsplätze. Bei der Finanzkrise und dem schlechten Geschäftsstand haben Arbeitgeber und die Unternehmensgewerkschaften zusammengearbeitet, um die Krise zu meistern. Dabei haben die Arbeitgeber angestrebt, Kündigungen möglichst zu vermeiden und die Gewerkschaften dafür Gehaltskürzungen, lange Überstunden und Arbeitsortswechsel akzeptiert.

2. Historische Entwicklung der japanischen Beschäftigungspraxis

Wie hat sich die japanische Beschäftigungspraxis historisch entwickelt? Gabt es Einflüsse von Ausländer auf japanische Beschäftigungspraxis? Um diese Fragen zu beantworten muss zum Ursprung der japanischen Beschäftigungspraxis zurückgegangen werden.

2.1 Hôkô-nin in der Edo-Zeit (1603-1868)

Die sogenannten Arbeitnehmer in der Edo-Zeit sind *Hôkô-nin*.[6] Das Wort *Hôkô* bedeutet „dienen". *Nin* bedeutet „Menschen". In der mittelalterlichen Samurai-Gesellschaft erbringt ein *Hôkô-nin* seinem Herrn seine Arbeitsleistung aufgrund einer feudalen Beziehung und sein Herr versorgt und schützt seinen *Hôkô-nin* dafür. Die damaligen Arbeitsbeziehungen waren daher keine moderne Arbeitsbeziehung, sondern eine feudale Beziehung.

In der Regel wurden den *Hôkô-nin* Essen, Kleidung und Obdach von seinem Herrn gegeben. Kleidungen erhielten sie zweimal im Jahr, im Sommer und in Winter. Die *Hôkô-nin* wohnten mit ihren Herren zusammen. Der Urlaub war zweimal im Jahr, zu Neujahr und im Juli, jeweils drei Tage lang. *Hôkô-nin* wurden meist nicht bezahlt, erhielten aber im Urlaub Taschengeld. Hat ein *Hôkô-nin* bei seinem Herrn lange Zeit gearbeitete, wurde er befördert und dann auch bezahlt.

Viele *Hôkô-nin* verließen ihre Eltern etwa im Alter von 10 Jahren, um ihren Herren zu dienen. Die Beziehung zwischen *Hôkô-nin* und Herrn war eher als eine familiäre Beziehung ausgestaltet, als wie eine Beziehung zwischen Sklaven und Herren.

2.2 Beschäftigungsbeziehung in der Meiji-Zeit (1868-1912)

Seit der Meiji-Restauration begann die Massenproduktion im Rahmen der maschinellen Industrie. Als Folge davon wurden einfache Arbeitskräfte in großen Mengen eingesetzt. Insbesondere wurde eine große Anzahl junger Mädchen aus ländlichen Gebieten in den Fabriken eingesetzt. Diese Mädchen wurden nicht nur bei der Arbeit, sondern auch im privaten Leben streng diszipliniert. Sie wohnten in einem Wohnheim zusammen.

Manchmal gingen etwa zwölfjährige Töchter von armen Bauern über einen Bergpass zur Arbeit in eine Seidenfabrik in der Stadt.[7] Die Produktion von Rohseide in der Meiji-Zeit machte ein Drittel des gesamten damaligen Exportes aus. Das Geld, dass die Mädchen als Arbeitslohn erhielten und dass sie mit heimnahmen, war ein sehr wichtiges Einkommen für die gesamte Bauernfamilie. In der Fabrik arbeiteten sie 13 oder 14 Stunden am Tag und durften sich nicht ausruhen, auch wenn sie krank waren. In den Wohnheimen wurden z.B. Eisenzäune installiert, damit die Arbeiter nicht entkommen konnten.

Dies war die Zeit, in der die ersten Arbeitsgesetzte in Japan geboren wurden. Das Fabrikgesetz (*Kôjô-hô*) von 1911[8] schrieb erstmals ein Mindestalter für die Arbeit von Mädchen und Jungen, eine Obergrenze der Arbeitszeit und ein System der Beihilfen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten vor.

2.3 Arbeitsbeziehungen in der Kriegszeit (1914-1945)

Mit dem Fortschritt der Produktionstechnologie nach dem ersten Weltkrieg wurden nicht nur einfache Arbeitskräfte, sondern auch Facharbeiter mit verschiedenen Techniken und der Anforderung an bestimmte Fähigkeiten konfrontiert. Aus diesem Grund installierten viele Großfabriken eigene Ausbildungsstätten für Fabrikarbeiter und bildete in diesen ihre Arbeiter aus. Die so ausgebildeten Fabrikarbeiter empfanden eine große Loyalität gegenüber der Fabrik, die sie ausgebildet hat und arbeiteten für eine lange Zeit in dieser Fabrik. Dies ist als der Ursprung des lebenslangen Beschäftigungssystems zu sehen.

---

[4] LECLERQUE, G., *Arbeitnehmervertretungen in Japan.* München, 2004, S. 136.
[5] NISHITANI, a.a.O. (Anm. 1), S. 22 ff.
[6] SAITO, O., *Bushi to tedai* [Samurai und Angestellte]. http://www.jil.go.jp/institute/zassi/backnumber/2006/07/pdf/060-066.pdf (22. 8. 2018).
[7] YAMAMOTO, S., *Ah Nomugiôge* [Oh! The Nomugi Pass]. Tokyo, 1968 (ND Tokyo 1977) behandelt die Arbeiterinnen in dieser Zeit.
[8] TAMURA, J., *Nihon rodo-hoshiron* [Die Geschichte des japanischen Arbeitsrechts]. Tokyo, 1984, S. 23 ff.

Facharbeiterinnen in der Seidenspinnerei während der Taishô-Zeit (1912-1926). Sie kochten erst Kokon und dann spannen Rohseide. Quelle: Okaya Silk Museum, http://silkfact.jp/wp/wp-content/uploads/photo.pdf

Um sich die Loyalität der so ausgebildeten Fabrikarbeiter zu sichern, wurden regelmäßige Gehaltserhöhungen eingeführt. Unter diesem Lohnsystem bewertete der Arbeitgeber die Arbeiter, die in seiner Ausbildungsstätte ausgebildet wurden und in seiner Fabrik lange gearbeitet haben, höher und beförderte sie in höhere Positionen, als die Arbeiter, die von außen kamen. Wenn ein Arbeiter den Arbeitgeber wechselte, wurden seine Dienstjahre und Diensterfahrungen bei früheren Arbeitgebern nicht berücksichtigt. Dies führte dazu, dass Arbeiter nur selten zwischen Arbeitgeber wechselten. Dies ist der Beginn des Senioritätslohnsystems.

Zu dieser Zeit wurden sogenannten Fabrik-Kommissionen in vielen großen Unternehmen gegründet, wo Arbeitgeber und Arbeiter über verschiedene Sachen verhandelten. Das ist die Quelle der Unternehmensgewerkschaft. So wurden in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg die drei Elemente der japanischen Beschäftigungspraxis, und zwar die lebenslange Anstellung, das Senioritätsprinzip und die Unternehmensgewerkschaften, durch die Initiativen der Großunternehmen geschaffen.

Während des zweiten Weltkriegs[9] wurde in Gesetzen festgelegt, welche Art von Beschäftigungssystem und Lohnsystem ein Unternehmen anwenden sollte. So wurde z.B. in Bezug auf das Beschäftigungssystem festgelegt, dass der Arbeitgeber ohne Erlaubnis des Staates einen Arbeitnehmer einstellen und kündigen darf. Der Arbeitnehmer darf ohne Erlaubnis des Staates kündigen und den Arbeitgeber wechseln. Außerdem wurden auch mittlere und kleine Unternehmen dazu verpflichtet, ein Ausbildungssystem innerhalb des Unternehmens einzuführen, das bisher nur in großen Unternehmen üblich war. Damit blieben fast alle Arbeiter langfristig bei demselben Unternehmen und machten dort ihre Ausbildung.

In Bezug auf die Kontrolle des Gehaltes, hat die Regierung das Anfangsgehalt offiziell festgelegt und eine Gehaltserhöhung außerhalb der regelmäßigen Gehaltserhöhung verboten. Dadurch wurde der Arbeitgeber zum Senioritätslohnsystem gesetzlich gezwungen. Das beruhte auf der Idee, den Lebensunterhalt des *„imperialen Industriekriegers"* als Basis zu garantieren.[10]

In Bezug auf die Gewerkschaft wurden unter der Initiativ der Regierung die Fabrik-Kommissionen, die bis dahin nur in großen Unternehmen existierten, auf alle Unternehmen ausgedehnt. Dies beruhte auf der Idee, Konflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Kriegszeit zu vermeiden und alle Bürger gemeinsam für den Sieg der Nation arbeiten zu lassen.

In der Kriegszeit wurde das japanische Beschäftigungssystem, das bis dahin auf Initiative der großen Unternehmen entwickelt wurde, auf Initiative des Staates auf alle Unternehmen ausgedehnt. Und unter der Idee *„Kooperation aller Bürger zum Sieg der Nation"* hat sich die Vorstellung verbreitet, dass Arbeitgeber, Angestellte und Arbeiter gleichermaßen Mitglieder des Unternehmens sind.

Nach der Kriegszeit wurden viele Gewerkschaften mit der Unterstützung der alliierten Besatzungskräfte (GHQ) gegründet. Außerdem wurden Gewerkschaft vom Grundgesetz und dem Gewerkschaftsgesetz als gleichwertige Vorhandlungspartner von Arbeitgeber anerkannt. Sie waren keine Industriegewerkschaften, sondern Unternehmensgewerkschaften, die sowohl aus Angestellten als auch aus Arbeitern bestanden. Die Idee aus der Kriegszeit, dass sowohl Angestellte als auch Arbeiter als *„industrielle Krieger"* gleich waren, war übriggeblieben.[11]

Direkt nach den Kriegszeiten zeigte sich die Gewerkschaften kampfbereit und stritten aktiv für den Widerruf von Entlassungen. Die kampfbereiten Gewerkschaften verloren aber allmählich die Macht und somit erlebten die unternehmerfreundlichen Gewerkschaften einen Aufstieg. Diese Gewerkschaften streikten seltener und verhandelten mit dem Arbeitgeber friedlich über den Personalabbau und Gehaltskürzung. Seither versuchen japanische Unternehmen, die Entlassung bestimmter Arbeitnehmer soweit wie möglich zu vermeiden und Maßnahmen wie die Bewerbung des freiwilligen Ausscheidens zu setzen, auch wenn sie gezwungen sind, die Personalkosten wegen der schlechten wirtschaftlichen Situation zu kürzen.

Die Gerichte haben ein solches Verhalten der Unternehmen als gesellschaftlich festgelegte Praxis anerkannt und die Kündigung von Seiten des Arbeitgebers strikt beschränkt.[12] In der Folge wurde die sogenannte lebenslange Beschäftigung auch auf rechtlicher Ebene festgelegt.

In Bezug auf das Lohnsystem war die Lohnpolitik während der Kriegszeit gleichgeblieben. Obwohl die alliierten Besatzungskräfte das Senioritätslohnsystem scharf kritisierten, forderten die Gewerkschaften und Arbeitnehmer dieses Lohnsystem stark.[13] Infolgedessen wurde das Senioritätslohnsystem

[9] HAMAGUCHI, K., *Hataraku joshi no unmei* [Das Schicksal der berufstätigen Frauen]. Tokyo, 2015, S. 76 ff.

[10] HAMAGUCHI, K., *Nihon no koyô to rôdôhô* [Beschäftigung und Arbeitsrecht in Japan]. Tokyo, 2011, S. 31 f.

[11] HAMAGUCHI, K., *Dôitsu-rôdô dôitsu-chingin towa nanika* [Was bedeutet „gleicher Lohn für gleiche Arbeit"?]. http://hamachan.on.coocan.jp/chinjiequalpay.html (22. 8. 2018).

[12] Die Rechtsprechung entwickelte ein eigenes Rechtsprinzip, dass eine Kündigung ohne objektiven, sachlichen Grund als einen Missbrauch des Kündigungsrechts des Arbeitgebers sieht und folglich unwirksam ist (Rechtsprechung vom Obersten Gerichtshof, 31. 1. 1977). Bei der Gesetzreform von 2003 wurde dieser Grundsatz im Arbeitsstandardgesetz eingeführt (§ 18-2 Arbeitsstandardgesetz in a.F., heute § 16 Arbeitsvertragsgesetz).

[13] HAMAGUCHI, a.a.O. (Anm.10), S. 34.

auf Verlangen der Gewerkschaften zum gebräuchlichen und üblichen Lohnsystem in Japan.

3. Zusammenfassung

Es kann festgehalten werden, dass das japanische Arbeitsrecht sich unter dem Einfluss des deutschen und auch amerikanischen Rechts entwickelt hat. In der Tat wurden viele rechtliche Begriffe aus den USA und Deutschland aufgenommen und manchmal in Japan in einer eigenartigen Art und Weise aufgefasst. Dies geschah aber hauptsächlich nach dem zweiten Weltkrieg.

Der Ursprung der japanischen Beschäftigungspraxis ist in der Zeit vor dem zweiten Weltkrieg zu suchen. Nach dem ersten Weltkrieg wurden die drei Elemente der japanischen Beschäftigungspraxis auf Initiative von Großunternehmen zugrunde gelegt und später auch durch die Regierung weiter gefördert. Diese Elemente der Beschäftigungspraxis sind auch nach dem Kriegsende übriggeblieben. Allerdings kann man die Wurzeln der traditionellen Arbeitsbeziehungen, in der Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine enge Beziehung haben, auch bis zu den Hôkô-nin in der Edo Zeit zurückverfolgen.

Die Beschäftigungspraxis hat sich heutzutage in Japan allmählich geändert.[14] Aber man kann sagen, dass der Kern der traditionellen Beschäftigungspraxis gegenwärtig zumindest noch erhalten ist. Das japanische Management ist tief in das japanische System eingebettet, insbesondere in die japanische Kultur, die sozialen Werte, den Gedanken und in das Bewusstsein der Japaner.

[14] HANAMI – KOMIYA – YAMAKAWA, a.a.O. (Anm. 2). 51 f.

Die Rechtsmodernisierung in Japan. Unter besonderer Berücksichtigung der mitteleuropäischen Einflüsse*

(The Modernization of Legal System in Japan. With a Special Focus on the Central European Influences)

*Dan Sato***

Abstract

This year marks the 150th anniversary of beginning of the Meiji era, while former countries of the Habsburgs celebrate 100th years of their independence. The last 50 years of the Habsburg Monarchy overlap with a period which was extremely important for the modernization process of Japan. This paper focuses on this period. During the last years of the Edo period, Japan was forced by Europe and America to conclude unequal treaties, the revision of which was the most important issue for the Meiji-government. For the renegotiation of these treaties, it was necessary to modernize the Japanese legal system in accordance with Western standards. This paper aims to trace this modernization process, based on previous studies, while especially focusing on the establishment of the Meiji Constitution.

Keywords: *Meiji Constitution; Meiji Restoration; Lorenz von Stein; Albert Mosse; Hermann Roesler; Rudolf von Gneist.*

1. Einleitung

Das Ende der Habsburger Monarchie ist dieses Jahr 100 Jahre her. Gleichzeitig feiert man in den Ländern des ehemaligen Habsburgerreiches das 100-jährige Jubiläum mehrerer Staatsgründungen. Die ehemalige Tschechoslowakei wurde 1918 unabhängig, Ungarn wurde zur Republik. Auch im gleichen Jahr entstanden das Vereinigte Königreich von Serbien, Kroatien und Slowenien (das spätere Königreich Jugoslawien). Polen erlangte seine Unabhängigkeit.

Auch auf der anderen Seite der Welt wird das Jahr 2018 in besonderer Weise gefeiert. In diesem Jahr gedenkt man des Beginns der Meiji-Zeit vor 150 Jahren. Die japanische *Bakufu*-Regierung, i.e. die Militärregierung des *Shōguns*, wurde aufgelöst. Mit dem Beginn der Meiji-Zeit öffnete sich das Land, und die sogenannte Politik der Abschließung (*Sakoku*) ging zu Ende. 1868 begann die neue Meiji-Ära. Von da an begann eine rasche Modernisierung Japans nach westlichem Vorbild. In knapp fünfzig Jahren wurde Japan zu einem – jedenfalls der Form nach – modernen Staat mit einem zeitgemäßen Rechtssystem wie z.B. einer Verfassung (1889). Weltgeschichtlich gesehen ist diese Verwandlung einmalig. Die rechtlichen Grundlagen, die damals herausgebildet wurden, blieben trotz politscher und gesellschaftlicher Umwälzungen bis heute gültig.

Diese fünfzig Jahre andauernde Modernisierungsperiode waren eine Zeit, in der die europäische und japanische Geschichte so stark miteinander verflochten wurden, wie es nie zuvor beobachtet wurde. Dies ist bemerkenswert, wenn man bedenkt, dass Japan bis zu diesem Zeitpunkt nur mit den Niederländern diplomatischen Kontakt aufgenommen hatte. Seit der Aufnahme diplomatischer Beziehungen mit den Vereinigten Staaten von Amerika (1845, Kanagawa-Vertrag) schloss das Tokugawa-Shogunat hintereinander mit mehreren westlichen Mächten Verträge über die Aufnahme diplomatischer und wirtschaftlicher Beziehungen ab. Die meisten davon waren sogenannte ungleiche Verträge. Der japanischen Regierung teilten die westlichen Mächte mit, dass die Voraussetzung für eine Revidierung der ungleichen Verträge die Einrichtung eines mit den europäischen vergleichbaren Rechtssystems sei. Oft wurde gesagt, dass fast alle Maßnahmen, die die Regierung in der Meiji-Zeit unternahm, nur auf eine Revision der ungleichen Verträge abzielten.

Im Folgenden wird unter Berücksichtigung des Tagungsthemas die Modernisierung des rechtlichen und staatlichen Systems in Japan in der Zeit von 1868 bis 1918 – also während der letzten fünf Jahrzehnte des Habsburgerreichs in Europa – knapp umrissen.

2. Vorbereitung der Modernisierung

Am Anfang war Großbritannien sehr einflussreich für die (insbesondere rechtliche) Modernisierung Japans. Später wurde diese Rolle von Frankreich und schließlich von Deutschland übernommen. Diese Entwicklung wurde bereits präzise erforscht und beschrieben. Die Errichtung des Rechts- und Staatsystems nach europäischem Vorbild war für Japan sehr mühevoll.

* Mit den notwendigsten Fußnoten ergänzter Vortrag, den der Verfasser am 22. März 2018 bei der Konferenz *„Modernisierung des Staats- und Rechtssystems in der Habsburgermonarchie und ihre Auswirkung“* (Dezső-Márkus-Forschungsgruppe für Vergleichende Rechtsgeschichte, Arbeitskommission für Rechtsdogmatik der Akademischen Kommission zu Pécs) hielt. Ich danke Herrn Olaf Kapella (Universität Wien) und Herrn Dr. Dan Tidten (Auswärtiges Amt, Berlin), dass sie das Manuskript sprachlich korrigiert haben. Bei den japanischen Personennamen wird nach der landesüblichen Regel der Familienname vorangestellt, da es verwirrend wäre, den Vor- und Familiennamen historischer Persönlichkeiten umzustellen.

** Assoz. Prof. Dr. Dan Sato, Universität Kyoto, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Japan.

Für die Durchführung dieses Projektes waren verschiedene Maßnahmen erforderlich. Zum Beispiel wurde viel westliche Literatur übersetzt.[1] Auch wurden viele Experten aus Europa (sog. *Oyatoi*) gegen ein beträchtliches Honorar als Berater beschäftigt.[2] Zahlreiche begabte Studenten und junge hohe Beamte wurden nach Europa bzw. Amerika geschickt.[3] Nach ihrer Rückkehr sollten diese die Grundlagen für die Modernisierung Japans schaffen. Außerdem machte die Spitze der japanischen Regierung für eine längere Zeit eine Reise in die USA und in europäische Länder. Dort hörte die japanische Delegation sogar persönliche Vorlesungen prominenter Wissenschaftler.

3. Revision der ungleichen Verträge

Nach der Übernahme der Macht fasste die Meiji-Regierung sogleich eine Revision der ungleichen Verträge, die zum Ende der Tokugawa-Zeit abgeschlossen wurden, ins Auge. Zum diesem Zweck schickte die Meiji Regierung 1871 eine große Mission in die Vereinigten Staaten von Amerika und nach Europa (die sog. Iwakura-Mission).[4] Ziel dieser Mission war die Ausarbeitung eines Zukunftsplans für eine umfassende Staatsreform.[5] Diese Reform war für die Revision der ungleichen Verträge und die Wiedererrichtung der Zollautonomie, die infolge solcher Verträge verloren gegangen war, notwendig. Aus dem Motiv dieser Mission ergibt sich, dass eine Vertragsrevision und die Staatsreform untrennbar miteinander verbunden waren. In dieser Motivation wird spiegelbildlich das damalige Verständnis deutlich, dass in der internationalen Rechtsordnung ein Staat, der nicht im westlichen Sinne zivilisiert ist, unvermeidlich eine diskriminierende Behandlung hinnehmen müsse. Die deswegen für Japan erforderliche Innenreform umfasste Kodifizierungen, wie etwa zum Strafrecht, zum Außenhandelsrecht, Steuerrecht usw., und in der Schaffung eines Rechtssystems nach europäischem Vorbild. Die Hauptaufgabe der Mission war, das System und die Rechtstheorie sowie deren Umsetzung zu studieren.

Wenn wir hier von einem nach damaligem Verständnis zivilisierten Staat sprechen, meint dies einen Staat, der den für die Kapitalwirtschaft erforderlichen Ordnungsrahmen (d.h. Völkerrecht) beachtet und mit sozialen Einrichtungen und Rechtsinstitutionen ausgestattet ist, in dem grenzüberschreitender Verkehr von Menschen und Waren möglich ist und der eine minimale Ordnung und gewisse Vorhersehbarkeit rechtlicher Entscheidungen bieten kann. Wenn ein Land dieses Kriterium nicht erfüllte, würde es als Niemandsland rechtmäßig in Besitz genommen und kolonialisiert. Wenn allerdings starke Staatsorgane vorhanden waren, wurde die Unsicherheit, die er Kontakt mit einem solchen Land für westliche Ausländer bedeutete, mit einem sog. ungleichen Vertrag ausgeglichen.

Aus westlicher Sicht war Japan kein zivilisiertes Land, aber mit einer einigermaßen soliden Regierung ausgestattet. Deswegen war es nach westlicher Auffassung möglich, Japan durch das Abschließen eines ungleichen Vertrags in die von den westlichen Ländern getragene Weltgemeinschaft einzugliedern. Ein ungleicher Vertrag bestand in der Regel aus drei Elementen. 1) Konsulargerichtsbarkeit, 2) Verleugnung der Zollautonomie und 3) Gewährung einseitiger Meistbegünstigung. 1894 wurde der *Anglo-Japanese Treaty of Commerce and Navigation* abgeschlossen und damit die Revision eines ungleichen Vertrags endlich verwirklicht. Bis 1897 wurden nacheinander auch die ungleichen Verträge mit den anderen westlichen Mächten revidiert.

4. Iwakura-Mission

Die Iwakura Mission bezweckte neben der Vertragsrevision auch die Besichtigung der westlichen Länder. Es war bemerkenswert, dass die Regierungsspitze trotz der Überhäufung mit immensen innerstaatlichen Problemen zu der Zeit eine derartig zeitraubende Besichtigungsreise durchführte.[6] Die Delegationsmitglieder konnten die damaligen europäischen Großmächte selbst unmittelbar bereisen und kennenlernen. Diese Erfahrungen gaben ihnen zahlreiche Denkanstöße.

Diese Besichtigungsreisen brachten der Regierungsspitze viele neue Erkenntnisse. Zum Beispiel überdachte der Vizegesandte Kido Takayoshi, der selber zu einer radikalen Reform neigte, seine Auffassung und gelangte zu der Einstellung, dass man es vermeiden sollte, ohne Rücksichtnahme auf die besonderen Verhältnisse Japans europäische Systeme unmittelbar einzuführen.[7] Er war tief bewegt, als er vom Auf- und Abstieg Polens erfuhr. Aufgrund dieses Ereignisses schlug er nach seiner Rückkehr vor, eine Verfassung auszuarbeiten. Er meinte damit jedoch keine ra-

---

[1] MUKARAMI, J., Die Übersetzung deutscher rechtswissenschaftlicher Literatur im Aufbruch der Modernisierung in Japan. In: FRANK, A. P. – MAAß, K.-J. – PAUL, F. – TURK, H. (Hrsg.), *Übersetzen, verstehen, Brücken bauen: Geisteswissenschaftliches und literarisches Übersetzen im internationalen Kulturaustausch.* Teil I (= Göttinger Beiträge zur internationalen Übersetzungsforschung, Bd. 8/a). Berlin, 1993, S. 335-342 sowie SKIYAKE, M., Die Rezeption der europäischen Rechtskultur durch Übersetzungen. Eine bibliographische Skizze mit Hinweisen auf die Voraussetzungen eines zukünftigen Kulturaustauschs zwischen Deutschland und Japan. In: Demselb., S. 376-383.

[2] Ein ausführliches Bild besonders im politischen und rechtlichen Gebiet bietet UMETANI, N., *Oyatoi gaikokujin. 10 (Seiji. Hōsei)* [Kontraktausländer. Bd. X. Politik und Rechtssystem]. Tokyo, 1971.

[3] Ursprünglich waren die Niederländer das beliebteste Gastgeberland. ISHIZUKI, M., *Kindai nihon* [Japan in der modernen Zeit]. 1972, S. 3 ff. Auch mit der staatlichen Gesandtschaft wurden viele Studenten nach Europa und Amerika geschickt. WATANABE, M., *Kindai nihon kaigai ryūgakusei-shi* [Geschichte des Auslandsstudiums im modernen Japan]. Bd. I, Tokyo, 1977, S. 135 ff. Die Studenten wurden in fortentwickelte europäische Industrieländer geschickt um dort vornehmlich Natur- und Militärwissenschaft zu studieren (sowohl zum Marine- als auch zum Heereswesen). Interessanterweise wurden jedoch auch Bereichen wie Wirtschaft oder Recht große Bedeutung beigemessen. Die Regierung hielte dieses Wissen für die Errichtung der neuen Staatsform, die die Voraussetzung der Vertragsrevision war, für unerlässlich. WATANABE, *Kindai nihon kaigai ryūgakusei-shi*, S. 354.

[4] HEALEY, G. – TSUYUKI, C. (ed.), *The Iwakura Embassy, 1871-73: A True Account of the Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary's Journey of Observation through the United States of America and Europe compiled by Kume Kunitake*. 2002; NISH, I., (ed.), *The Iwakura Mission in America and Europe. A New Assessment*. Richmond, 1998.

[5] Hier und im Folgenden nach YAMANAKA, E., (Hrsg.), *Shin nihon kindai hō ron* [Das Recht in der modernen Zeit Japans, Neue Aufl.]. Kyoto, 2002, S. 35 f.

[6] PITTAU, J., *Political Thought in Early Meiji Japan 1868-1889* (= Harvard East Asian Series 24). Cambridge (Mass.), 1967, p. 41.

[7] PITTAU, *Political Thought*, p. 41.

sche Beschlussfassung nach kurzer Diskussion, sondern eine allmähliche Konstitutionalisierung. Dagegen forderten andere, die später nach einem politischen Streit die Regierung verließen, eine radikale Konstitutionalisierung und verlangten, das System, das ja im Ausland nach vielen Jahren des *„Versuchs und Irrtums"* zustande gekommen sei, sofort einzuführen. Später schrieb Kido in seinem Gutachten zur Konstitutionalisierung, dass das Schicksal der Politik und des Volkes von der Verfassung abhänge. Er dachte, dass auch Japan damals in der gleichen Lage sei wie Polen.[8] Ohne eine klare Regelung von Rechten und Pflichten könne der Staat weder innere Streitigkeiten befrieden, noch sich einer ausländischen Invasion erwehren. Allerdings sei für ihn auch klar, dass man eine Verfassung nicht sofort entwerfen könne. Denn auch die europäischen Staaten seien erst nach langjährigen Entwicklungen zu ihren jeweiligen Verfassungen gelangt.[9]

5. Kodifikation der Gesetze

Für die Vertragsrevision mit den äußeren Mächten war eine innerstaatliche Rechtsmodernisierung nach europäischem Vorbild notwendig. Dies brachte die Notwendigkeit der Neugestaltung des Gesellschaftssystems mit sich. In diesem Zusammenhang war der Einfluss von Frankreich anfänglich sehr groß. 1880 wurde das Strafgesetzbuch promulgiert (1882 in Kraft getreten). Dieses war sehr stark durch das französische Recht beeinflusst (1907 wurde es durch ein neues Gesetzbuch ersetzt). Gleichzeitig wurde das Gesetz über Kriminalinstruktionen promulgiert, das den französischen Code d'instruction criminelle zum Vorbild nahm. Allerdings wurde dieses durch die Strafprozessordnung von 1890 ersetzt. Die schon seit den 1870er Jahre laufenden Kodifikationsarbeiten eines Zivilgesetzbuches, anfänglich nach französischem Vorbild verfasst, wurde 1890 abgeschlossen. Es sollte 1890 in Kraft treten, aber wegen heftiger Auseinandersetzungen (sog. Kodifikationsstreit) wurde es niemals als Gesetz erlassen. Danach wurde das Zivilgesetzbuch unter starken Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft nach dem Pandektensystem vollständig neu entworfen (1896 promulgiert, 1898 in Kraft getreten – also noch zwei Jahre vor dem deutschen BGB).[10]

Das Handelsrecht war zur Förderung der Wirtschaft unerlässlich. Es wurde unter deutschem Einfluss entwickelt. Wie beim Zivilgesetzbuch wurde das Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches wegen der oben genannten Streitigkeiten verschoben. Letztendlich wurde es 1899 promulgiert und erlassen. Im selben Jahr trat eine Reihe revidierter Verträge, die seit einigen Jahre mit Großbritannien und anderen Länder verhandelt und abgeschlossen worden waren, nacheinander in Kraft.

Die Kodifikationsarbeit für eine Zivilprozessordnung begann 1873. Am Anfang orientierte man sich am französischen Recht, aber später wurde die Arbeit unter dem Einfluss des deutschen Rechtsberaters Hermann Techow nach dem Vorbild der deutschen ZPO von 1877 fortgesetzt. Die japanische Zivilprozessordnung (die sog. Meiji-ZPO) wurde 1890 promulgiert und trat 1891 in Kraft.

In Zusammenhang mit dem später entstandenen ZGB wurden jedoch Korrekturen notwendig. Außerdem war sie nur acht Monate nach der Promulgation in Kraft getreten. Deswegen entstand eine gewisse Verwirrung unter den Praktikern, und Forderungen nach einem neuen Gesetzesentwurf wurden laut. Die Arbeit für eine solche neue Zivilprozessordnung dauerte jedoch länger als geplant. Endlich wurde 1926 die neue ZPO (Taishō-ZPO) promulgiert (Inkrafttreten: 1929). Ihr lagen die österreichische ZPO von 1895, die von Franz Klein entworfen worden war, und die ungarische ZPO von 1911, die von Sándor Plósz entworfen worden war, zu Grunde.[11]

Die bisher geschilderten Gesetzgebungsverfahrenen zum Zivilgesetzbuch, zum Strafgesetzbuch, zu den Zivil- und Strafprozessordnungen sowie zum Handelsgesetzbuch waren meistens überwiegend von ausländischen Rechtsberatern (*Oyatoi*) geprägt. Anders verhielt es sich mit der Kodifizierung des Verfassungsrechts. Zwar spielten dabei auch die ausländischen Berater eine große Rolle, aber der Entwurf wurde vom engsten Kreis der Regierung verfasst.

6. Abfassungsarbeit der Verfassung[12]

Wie oben erwähnt hatte die Regierungsspitze durch die Besichtigungsreisen die Realität der westlichen (d.h. amerikanischen und europäischen) Staaten erfahren und die Notwendigkeit einer Verfassung klar erkannt. Deswegen begannen sie sofort mit den Arbeiten zur Vorbereitung einer Verfassung. Gleichzeitig war ihnen jedoch auch bewusst, dass es noch nicht an der Zeit

[8] KIDO, T., *Kempō seitei no kengensho* [Vorschlag zur Verfassungsgebung]. 1873 Juli. Der Entwurf dieses Vorschlags wurde abgedruckt bei *Kido Takayoshi bunsho* [Dokumente Kido Takayoshis]. Bd. 8 (1931), S. 118-127 und auch bei *Shōgiku Kido kō den* [Biographie Kido Takayoshis]. Tokyo, 1927, Bd. II, S. 1560-1569.

[9] PITTAU, *Political Thought*, p. 43 f. Kidos Rückblick wurde auch bei dem Wochenblatt *„Japan Weekly Mail"* (Vol. VI, No. 45, 1873 Nov. 8, pp. 696-798) publiziert. Dies wurde abgedruckt bei McLAREN, W. (ed.), *Japanese Government Documents* (= Transactions of the Asiatic Society of Japan, vol. XLII, part I). Yokohama, 1914, pp. 567-577.

[10] Das japanische Zivilgesetzbuch wurde, anfänglich von Frankreich, später überwiegend von Deutschland, beeinflusst. Aber die fremden Elemente wurden nicht immer direkt übernommen, sondern vielmehr nach japanischer Art arrangiert. KEIKICHI, H., *Nihon mimpōten no shiteki sobyō* [Historische Skizze des japanischen ZGBs]. Tokyo, 1954. Zum französischen Einfluss, HOSHINO, E., L'influence du Code civil au Japon. In: LEQUETTE, Y. – Université Panthéon-Assas (Paris II) (ed.), *Le Code Civil 1804-2004: un passé, un present, un avenir*. Paris, 2004, pp. 871-895. Vgl. auch die deutschsprachige Monographie SOKOLOWSKI, Ch., *Der so genannte Kodifikationenstreit in Japan*. München, 2010.

[11] SUZUKI, M., *Kindai minji soshōhō shi. Nihon* [The History of Modern Civil Procedure. Japan], Tokyo, 2004, S. 283 ff.; Mehr dazu, UEDA, R., Franz Klein und die Reform des japanischen Zivilprozesses in der Taishō-Zeit (1912-1926). In: BRAUNEDER, W. – TAKII, K. (Hrsg.), *Die österreichischen Einflüsse auf die Modernisierung des japanischen Rechts* (= Rechts- und SozialWissenschaftliche Reihe 33). Frankfurt a.M., 2007, S. 73-86.

[12] Die Literatur zum Thema „Geschichte der Verfassungsgebung der Meiji Zeit" ist kaum überschaubar. Ausgangspunkt stellt sich YOSHINO, S., Sutain, Gunaisuto to Itō Hirobumi. In: *Kaizō* [Reform] (Feb. 1933) dar. Die anderen grundlegenden Forschungen, denen die vorliegende Skizze viel verdankt, sind: OSATAKE, T., *Nihon kensei shi taikō* [Grundzüge der japanischen Verfassungsgeschichte]. Tokyo, 1930; SUZUKI, Y., *Kempō no rekishiteki kenkyū* [Historische Forschung des Verfassungsrechts]. Tokyo, 1933; SHIMIZU, S., *Meiji kempō seitei shi* [Geschichte der Meiji-Verfassungsgebung] (3 Bde.). Tokyo, 1974; SIEMES, J., *Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht. Der Beitrag Hermann Roeslers*. Berlin, 1975; TAKII, K., *The Meiji Constitution. The Japanese Experience of the West and the Shaping of the Modern State*. Tokyo, 2007.

war, eine Verfassung für Japan sofort in konkreten Artikeln aufzuschreiben. Diejenigen, die nach einem politischen Streit die Regierung verlassen hatten, forderten eine radikale Konstitutionalisierung. In der nachfolgenden Zeit standen sich die beiden Lager unversöhnlich gegenüber. Die Regierung trieb in Einklang mit dem *„kaiserlichen Schreiben zur allmählichen Konstitutionalisierung"* (1875) die Arbeit voran. Für diese Arbeit wurde ein neues Organ, der *Genrō-in* (Ältestenrat) geschaffen. Viele Entwürfe für die Verfassung entstanden aber auch von privater Hand.[13]

1878 präsentierte der Ältestenrat den Verfassungsentwurf der Regierung. Die Regierungsspitze um Iwakura war jedoch der demokratischen Tendenz dieses Entwurfs gegenüber negativ eingestellt. Sie schlugen dem Kaiser vor, dass die zentralen Mitglieder der Regierung (*Sangi*) Gutachten zur Verfassung schreiben und auf dieser Basis einen Verfassungsentwurf aufsetzen sollten. Dies wurde vom Kaiser genehmigt. Im Anschluss wurden mehrere vorläufige Gutachten verfasst. Auf dieser Grundlage verfasste Iwakura ein endgültiges Gutachten. Beim Verfassen dieses Endgutachtens leisteten Inoue Kowashi und sein deutscher Berater Hermann Roesler einen großen Beitrag. Der letztere spielte bei der Einführung der deutschen (preußischen) Staatslehre in Japan eine besondere Rolle.[14] Er lehrte Inoue Kowashi, einem der Autoren der Meiji-Verfassung, die Grundzüge des Verfassungsrechts. Zwar war Roesler schon seit 1878 als Rechtsberater tätig, aber besonders bemerkenswert ist sein Beitrag zur Kodifizierung der Meiji-Verfassung.[15]

In der Regierung gab es anfangs auch Befürworter des englischen Konstitutionalismus, aber nach dem politischen Streit von 1881 (*Meiji 14 nen no seihen*) wurde die Regierung ausschließlich mit Befürwortern des preußischen Staatsmodells besetzt, und die Arbeit wurde in dieser Richtung vorangetrieben.

7. Verfassungsrechtliche Forschungen Itō Hirobumis

7.1 Berlin

1882 reiste Itō Hirobumi, einer der führenden Regierungsmitglieder, nach Europa, um verfassungsrechtliche Nachforschungen durchzuführen. Das Kernkonzept der Verfassung war mit den Gutachten von Iwakura und Inoue schon fast fertig. Itō unternahm diese Auslandsreise, da bei der Verfassung besondere Umsicht vonnöten war. Die Geschichte und der gegenwärtige Stand der jeweiligen Länder sollte in aller Gründlichkeit untersucht werden. Allein durch Literatur oder ausländische Berater waren viele Einzelheiten nicht zu erfahren. Deswegen wurde Itō für eineinhalb Jahr nach Europa geschickt.[16]

Damals war Itō Hirobumi bereits einer der wichtigsten Persönlichkeiten der Meiji-Regierung. Trotzdem reiste er eineinhalb Jahre für seine Untersuchungen zur Verfassung ins Ausland. Der Zweck seiner Reise wurde geheim gehalten. Diese Reise war aber letzten Endes sehr ertragsreich. Insbesondere Wien wurde danach ein wichtiges Reiseziel für japanische führende Politiker und Beamte, worauf wir später noch einmal zurückkommen werden.

Weil Japan damals eine Staatsform nach preußischer Vorlage konzipierte, ging Itō zuerst nach Berlin, um dort vom namhaften Verfassungsrechtler Rudolf von Gneist (1816–1895) eine Vorlesung zu erbitten. Aber der Aufenthalt in Berlin verlief nicht wie erwartet, denn die Reaktion Gneists scheint Itō ein bisschen enttäuscht zu haben.

In Wirklichkeit hielt Albert Mosse[17], ein Schüler von Gneist, die Vorlesung. Dieser kam später als Rechtsberater der Regierung nach Japan.[18] Er warnte vor einer schnellen, aber ungenauen Nachahmung fremder Institutionen und nannte als Beispiel dafür die preußische Verfassung.[19] Dies überraschte Itō sehr. Die Vorlesung von Mosse, in der er die geltende preußische Verfassung Paragraph für Paragraph kommentierte, musste für Itō sehr hart gewesen sein, da Itō kein Deutsch verstand.[20]

7.2 Wien

Der Wendepunkt seiner Reise war der Aufenthalt in Wien. Dort erwartete ihn Lorenz von Stein (1815-1890).[21] Seit 1855 war Stein ordentlicher Professor für Staatslehre. Die Begegnung mit Stein trieb die Arbeit von Itō wesentlich voran. Darüber hinaus hatte Stein auch in der folgenden Zeit auf die japanische

---

[13] IENAGA, S. – MATSUNAGA, S. – EMURA, E. (Hrsg.), *Shimpen: Meiji zenki no kempō kosō* [Neue Aufl.: Verfassungskonzeption während der frühen Meiji Zeit]. Tokyo, 2005, nennt insgesamt 57 Entwürfe.

[14] Zu seinem Beitrag zur japanischen Modernisierung, SIEMES, J., Hermann Roesler und die Einführung des deutschen Staatsrechts in Japan. In: *Der Staat* 2 (1963), S. 181-196, und Ders., *Die Gründung des modernen japanischen Staates*. Ausführlichen Informationen bietet auch BARTELS-ISHIKAWA, A. (Hrsg.), *Herman Roesler. Dokumente zu seinem Leben und Werk* (= Schriften zur Rechtsgeschichte 136). Berlin, 2007.

[15] SIEMES, *Die Gründung des modernen japanischen Staates,* S. 68 ff.

[16] SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi*, S. 290 f. Aber anhand eines Briefs von Inoue Kaoru aus dem engsten Kreis der Regierung erklärt Takii, dass Itō deswegen nach Europa geschickt wurde, weil er dort in Ruhe und der geheimen Abfassungsarbeit auf der schon fast fertig gestellten Grundlinie nachgehen konnte. TAKII, *The Meiji Constitution*, p. 55.

[17] Zu seinem Lebenslauf, JAEGER, H., Art. „Mosse, Albert (2)". In: *Neue Deutsche Bibliographie, Bd. 18*, 1997, S. 216-218.

[18] Seine deutschsprachige Vorlesung wurde von Aoki Shūzō (Botschafter in Berlin) übersetzt und von Itō Miyoji mitgeschrieben und überliefert. ITŌ, M., (ed.), *Mosse-shi kougi hikki* [Mitschrift der Vorlesungen des Herrn Mosses] (nur in Japanischer Sprache). Wiedergegeben bei SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi*, Bd. I, S. 37, 48, 447-552.

[19] SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi*, Bd. I, S. 320. Erste Vorlesung am 25. Mai 1822, ITŌ, M. (ed.), *Mosse-shi kougi hikki,* S. 451 ff.

[20] ŌISHI, M., *Nihon kempō shi* [Geschichte des japanischen Verfassungsrechts]. 2. Aufl., 2005, S. 106.

[21] Zum Lebenslauf, SCHLIESKY, U., Lorenz von Stein. Leben und Werk, S. 1-43. In: BRÜNING, CH. – SCHLIESKY, U. (Hrsg.), *Lorenz von Stein und die rechtliche Regelung der Wirklichkeit.* Tübingen, 2015. Besonders auf seinen Verhältnis zu Japan fokussiert: BRAUNEDER, W., Lorenz v. Steins Wirken in Wien. In: BRAUNEDER, W. – NISHIYAMA, K. (Hrsg.), *Lorenz von Steins „Bemerkungen über Verfassung und Verwaltung" von 1889 zu den Verfassungsarbeiten in Japan* (= Rechts-, und SozialWissenschaftliche Reihe 2). Frankfurt a.M., 1992, S. 17-38, insb., S. 30 ff. sowie NISHIYAMA, K., Lorenz v. Stein's Influence on Japan's Meiji Constitution of 1889. In: Dies., S. 39-59; TAKII, *The Meiji Constitution*, p. 70-84; KLEINHEYER, G. – SCHRÖDER, J. (Hrsg.), *Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten: eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*. 6., neu bearbeitete u. erw. Aufl., Tübingen, 2017, S. 426-432. Umfangreiche Studie über seine Wirkung auf Japan, TAKII, K. (Hrsg.), *Lorenz von Steins Arbeiten für Japan. Österreichisch-japanische Rechtsbeziehungen II* (= Rechts- und SozialWissenschaftliche Reiche 20). Frankfurt a.M., 1998.

Führung eine große Wirkung. Bereits in der ersten Hälfte der 1870er Jahre waren seine Bücher ins Japanische übersetzt und in Japan vorgestellt worden.[22]

Während der Vorlesung von Mosse verlor Itō vor allem wegen sprachlicher Schwierigkeiten den Mut. Außerdem erschien ihm die Reaktion von Gneist sehr zurückhaltend.[23] In Wien schöpfte er jedoch wieder neuen Mut. Stein sprach auch English und ermunterte Itō, seine Ziele weiter zu verfolgen.[24]

Bei Stein erhielt Itō nicht nur Vorlesungen zur Verfassungslehre, sondern auch zu weiteren umfassenden Themenbereichen:[25] Er studierte z.B. die monarchischen Sonderrechte, die Unterschiede in den Staatsformen, politische Parteisysteme, die Verantwortung von Staatsministern, die Kommunalverfassung usw. Das heißt, er erhielt systematische Erläuterungen über die konstitutionelle Staatsform.[26] Während die Vorlesungen von Mosse sehr juristisch und exegetisch waren, waren diejenige Steins soziologischer Art.[27] Da Itō so fasziniert war, wollte er Stein sogar als Regierungsberater nach Japan berufen, was allerdings auf Grund des hohen Alters Steins höflich abgesagt wurde.[28]

Aber Stein blieb weiterhin Japanern gegenüber zugewandt und war weiterhin ein Gastgeber für viele Beamte und Wissenschaftler aus Japan. Manchmal nahm er sogar die Funktion eines Sprechers der japanischen Regierung ein. Nachdem er bei Stein drei Monate lang studiert hatte, wurde Itō wieder zunehmend optimistisch. Auch die Vorlesung Mosses konnte er nun besser verstehen als zuvor. Damit schritt seine Arbeit für einen Verfassungsentwurf beachtlich voran.

Sowohl Gneist und Mosse als auch Stein mahnten einhellig vor den gefährlichen Folgen einer direkten Einführung fremder Institutionen. Damit bezogen sie sich auf die *„üblen Zustände"*, die ihrer Auffasung nach durch die Einführung der englischen bzw. französischen Demokratie in den germanischen Staaten zu beobachten waren. Sie mahnten eine gründliche Prüfung der historischen Notwendigkeit vor der Einführung fremder Institutionen an.[29]

8. Verfassungsgebung

1883 kehrte Itō nach Japan zurück und fing an, seine Erkenntnisse in die Tat umzusetzen. Während die Pläne zur Verfassungsgebung weiter schrittweise vorangetrieben wurden, wurde für das konstitutionelle Staatssystem zum ersten Mal ein Kabinett gebildet, und Itō wurde der erste Premierminister. Unter der Leitung von Itō wurde eine Kommission für die Verfassungsgebung gebildet.[30] Hermann Roesler und Albert Mosse waren für die Kommission als Berater tätig. Die Arbeit der Kommission wurde ab 1887 vollständig von der übrigen legislativen Tätigkeit getrennt und vertraulich vorangetrieben. Außerdem schrieb Johann von Chlumecký, der Vizepräsident des österreichischen Reichsrates, ein Gutachten zur japanischen Verfassung. Dieses sollte später die Organisation und Führung des Parlaments stark beeinflussen.[31] Mosse, der in Berlin für Itō eine Vorlesung gehalten hatte, kam schließlich auch nach Japan, um in der letzten Phase der Verfassungsgebung zu unterstützen. Später blickte Itō auf die damalige Lage zurück und erzählte, dass damals die Oppositionspolitiker die praktische Politik nicht verstanden hätten und lediglich nutzlos die französische Auffassungen Montesquieus oder Rousseaus herumposaunten.[32] Vor diesem Hintergrund wurde die Konstitutionalisierung nach preußischem Vorbild beschleunigt vorangetrieben.

Interessanterweise wurde das ganze Verfahren geheim gehalten. Schon vor der Reise Itōs war dies das Grundprinzip, aber durch die Reise wurde er in seinem Entschluss noch bestärkt. Die Meiji-Verfassung wurde als ein oktroyiertes, d.h. vom Kaiser den Untertanen gewährtes Verfassungsrecht betrachtet. Wenn der künstliche Entstehungsprozess allgemein bekannt würde, würde die Verfassung ihre majestätische Würde verlieren, so dachte Itō. Deswegen schwieg Itō, aber auch seine Mitverfasser, über die Entstehung der Verfassung. Bis zu ihrem Tode bewahrten sie dieses Geheimnis. Das gleiche galt auch für Roesler.[33]

Drei Monate nach der Promulgation fuhr Kaneko Kentarō, ein Mitglied der Verfassungskommission, mit dem frisch ver-

---

[22] TAKII, *The Meiji Constitution*, 70 ff. Vgl. auch TAKII, Lorenz von Stein und Japans Konstitutionalisierung. In: BRAUNEDER – TAKII, *Die österreichischen Einflüsse*, S. 19-29.

[23] SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi*, Bd. I, S. 50 ff.

[24] SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi*, Bd. I, S. 53 ff.

[25] Hier und folgende nach SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi*, Bd. I, S. 56 ff.

[26] Dies war als Vorlesungsaufzeichnung *„Daihakase Shutain-shi Kougi-hikki"* [Mitschrift der Vorlesung des großen Dr. Stein] durch Itō Miyoji erhalten. In: SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi,* Bd. I, S. 351-445.

[27] SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi,* Bd. I, S. 58.

[28] SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi,* Bd. I, S. 58 ff.

[29] SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi*, Bd. I, S. 320.

[30] Die anderen Mitglieder waren Inoue Kowashi, Itō Miyoji und Kaneko Kentarō.

[31] ŌISHI, M., Johann Freiherr von Chlumecky und die Entstehung des japanischen Parlamentarismus. In: BRAUNEDER – TAKII, *Die österreichischen Einflüsse*, S. 11-18.

[32] ITŌ, H., Teikoku-Kempō seitei no yurai [Geschichte der Abfassung der Kaiserlichen Verfassung]. In: ŌKUMA, S. (ed.), *Kaikoku gojū-nen shi* [50 Jahre der Staatseröffnung]. I., Tokyo, 1907/08, p. 119-138, 134-135.

[33] Aus diesem Grund wurde die Rolle Roeslers erst spät wissenschaftlich gewürdigt, obwohl sein *„Entwurf einer Verfassung für das Kaisertum Japan"* auf das gesamte Verfahren der Verfassungsgebung starken Einfluss genommen hatte. Sein Entwurf ist wiedergegeben bei: KOJIMA, K., Roesureru „Nihon teikoku kempō sōan" ni tsuite [Verfassungsentwurf von Roesler]. In: *Hōgaku* [The Journal of Law and Political Science, Tōhoku Univ.]. Nr. 33-1, 1969, S. 1-60, insb. 8 ff. Die Gründer der Erforschung über die Geschichte der Meiji-Verfassungsgebung, YOSHINO, S., Rosureru shi tōgi [Gutachten von Roesler]. In: Ders. (Hrsg.), *Meiji bunka zenshū* [Gesamtwerk Meiji Kultur]. Bd. 22, 1929, S. 217-236 (mit bibliographischer Einleitung, S. 14-16); SUZUKI, Y., Nihon kempō seitei ni taisuru Heruman Rēsureru no kiyo [Hermann Roeslers Beitrag zur Meiji-Verfassungsgebung]. In: Ders., *Nihon kempō shi kenkyū* [Studien zur Geschichte des japanischen Verfassungsrechts]. Tokyo, 1935, S. 125-168; Ders., *Kempō seitei to Roesureru* [Verfassungsgebung und Roesler]. Tokyo, 1942; SUZUKI, Y. – SIEMES, J. (Übers.), Hermann Roesler und die Japanische Verfassung. In: *Monumenta Nipponica* 4-1, 1941, S. 53-87; 4-2, 1941, S. 428-453; 5-2, 1942, S. 347-400; SIEMES, *Die Gründung des modernen japanischen Staates*, S. 7 f. Die neueste Forschungsgeschichte bietet, KATADA, T., *Meiji kempō no kisō katei* [Abfassungsprozess der Meiji-Verfassung]. Tokyo, 2014.

öffentlichten Verfassungstext nach Europa, um die Meinungen europäischer Wissenschaftler einzuholen und für die geplante Eröffnung des Parlaments die Auffassungen in den europäischen Staaten zu sondieren.[34] Dabei besuchte er auch Stein. Dieser lobte die neue japanische Verfassung und beurteilte sie als viel exakter und feiner ausgearbeitet als die europäischen. Gleichzeitig wies er jedoch darauf hin, dass die Kodifikationsgeschichte nicht mitveröffentlicht sei. Nach seiner Meinung standen Verfassung und die Geschichte in einem engen Zusammenhang. Wenn die Unterlagen zur Entstehungsgeschichte fehlten, könnte ein ähnliches Schicksal wie bei der türkischen Verfassung drohen,[35] so Stein. Wie aus dieser Aussage zu erkennen ist, hielt Stein die historische Entwicklung der Verfassung für wichtig. Er nahm Bezug auf die Osmanische Verfassung von 1876, die schon zwei Jahre nach der Promulgation suspendiert wurde. Für eine rasche Modernisierung war in der Türkei mit großer Eile die Verfassung kodifiziert worden. Stein regte an, die Kodifikationsgeschichte zu editieren und zu veröffentlichen; sonst könnten Kritiker unberechtigter Weise leicht Parallelen zwischen der japanischen und der türkischen Verfassung ziehen.

Die Beziehung zwischen Stein und Japan reichte über die Verfassungsgebung hinaus. Nach Itōs Heimreise wurde das Phänomen der sog. Stein-Pilgerfahrt [36] beobachtet. Es wurde sogar gesagt, *„wer nach Europa reist, ohne Stein zu besuchen, ist vergleichbar mit Arima-Besuchern, die dort kein Bad nehmen“* [37]. Bei dem Tode Steins (1890) wurde in Japan eine religiöse Trauerzeremonie mit hohen Staatsmännern abgehalten [38]. Dies verdeutlicht die tiefe Verehrung, die Stein in Japan zuteil wurde.

9. Schluss

Während der letzten 50 Jahre der Habsburger Zeit, spielte diese Region für die Modernisierung des japanischen Staat- und Rechtssystems eine, wie beschrieben, große Rolle in politischer, wissenschaftlicher und auch persönlicher Beziehung. In Japan wurde die Modernisierung mit historisch unvergleichbarem Tempo vorangetrieben und wurde letztlich ein beispielloser Erfolg.

Dies geschah aus dem Krisenbewusstsein Japans. Aber ein anderer, noch wichtigerer Grund liegt darin, dass sich die japanische Modernisierung nicht nur auf eine technische oder naturwissenschaftliche Richtung konzentrierte. Die Einführung des westlichen Wissens beeinflusste auch den sozial- und geisteswissenschaftlichen Bereich. Eine solche umfassende Aufnahme der westlichen Zivilisation und deren Assimilation waren dabei von grundlegender Bedeutung. Die europäischen Institutionen wurden nicht als etwas Zeitweiliges nachgeahmt, sondern durch intensives Studium intellektuell durchdrungen und anschließend in angemessener Form übernommen. Bei der Errichtung des modernen Rechtssystems wurden die fremden Institutionen nicht einfach unverstanden kopiert. Die ausländischen Experten wurden als Berater sehr geschätzt, aber sie wurden durchaus als Berater behandelt. Die japanischen Staatsmänner entschieden stets selbständig.[39] Selbst wenn die Regierung sich stark an der deutschen Staatsform orientierte, verwahrte die Regierung sich immer gegen eine Einmischung aus Deutschland. Die Urteilskraft der damaligen Staatsmänner war auch von großer Bedeutung für die japanische Modernisierung. Auch nach der Modernisierung wird die europäische (Rechts-)Kultur kontinuierlich beobachtet und die Entwicklungen mitverfolgt. Die enorme Bedeutung der Rechtsvergleichung für alle japanischen Rechtsgebiete hängt großenteils auch mit dieser historischen Entwicklung zusammen. Aus denselben Gründen spielt die rechtshistorische Forschung ebenfalls eine große Rolle.

---

[34] Als Reisebericht, KANEKO, K., *Kempō seitei to ōbeijin no hyōron* [Verfassungsgebung sowie deren Evaluation aus Europa und Amerika]. 1937, Tokyo, insb. S. 197-391.

[35] KANEKO, *Kempō seitei to ōbeijin no hyōron*, S. 217 f.

[36] Über dieses Phänomen ausführlich TAKII, K., „Stein-Pilgerfahrten“. Zum Kulturaustausch zwischen dem österreichischen und dem japanischen Recht im 19. Jahrhundert. In: TAKII, K. (Hrsg.), *Lorenz von Steins Arbeiten für Japan. Österreichisch-japanische Rechtsbeziehungen II* (= Rechts- und SozialWissenschaftliche Reihe 20). Frankfurt a.M., 1998, S. 15-37.

[37] HAYASHI, T., Nochi ha mukashi no ki [Memoiren]. In: YUI, M. (Hrsg.), *Nochi ha mukashi no ki, hoka. Hayasshi Tadasu kaikoroku* [Gesammelte Memoiren von Tadasu Hayashi]. Tokyo, 1970, S. 85-294, hier S. 214. Arima ist bekannt als eine der berühmtesten Bade-Kurorte (*On-sen*) Japans. NAWROCKI, J., Der japanische Nachlaß Lorenz von Steins (1815-1890). In: *Oriens Extremus*, 36-1, 1993, S. 83-113, gibt den Überblick vom *„japanische Nachlaß Lorenz von Stein“*, der jetzt in Kiel aufbewahrt ist. Vgl. TAKII, *Doitsu kokkagaku to Meiji kokusei, Shutain kokkagaku no kiseki* [Deutsche Staatslehre und Meiji-Verfassung. Der Spur der Staatslehre von Stein]. Kyoto, 1999, S. 116-119.

[38] SHIMIZU, *Meiji kempō seitei shi,* Bd. I, S. 71.

[39] UMETANI, *Oyatoi gaikokujin,* S. 236 f., 239.

Habsburgische Verfassungsentwürfe vom Ende des 18. Jahrhunderts. Das Großherzogtum Toskana und die galizische Charta Leopoldina

(Draft Constitutions of the Habsburgs by the End of the 18th Century. The Grand Duchy of Tuscany and Charta Leopoldina of Galicia)

Marcin Kwiecień *

Abstract

Peter Leopold the great duke of Tuscany 1765-1790, introduced an extensive social, legal and financial reform in Tuscany. He rationalized the tax, judicial and administrative system to ease burdens of citizen, aimed to regulated the relations between the State and the Church and promulgated a new penal code. Peter Leopold also attempted to introduce a constitution in Tuscany. This article gives a comparison between the project of Peter Leopold and the constitutional project of Polish nobility in Galicia, which belonged to the Habsburg Monarchy following the partition of Poland in 1772.

Keywords: *Grand Duchy of Tuscany; Galicia (part of Poland); Habsburg Monarchy; constitutional history; the Enlightenment; enlightened absolutism; state reforms.*

1. Toskana vor der Herrschaft von Peter Leopold

Nach dem polnischen Thronfolgekrieg, als Stanislaus Leszczyński, der Schwiegervater des französischen Herrschers Ludwig XV. den lothringischen Thron bestieg, wurde der bisherige Regent Franz Stephan mit Beschluss des Wiener Friedens (1735) durch die Zuerkennung des Herzogtums Toskana entschädigt. Nach dem Tod des letzten Medici (1737) übernahm also der Schwiegersohn von Kaiser Karl VI. und Gatte von Maria Theresia, Franz Stephan von Lothringen formal die Herrschaft über die Toskana im darauffolgenden Jahr. Tatsächlich aber verweilte er nur ein einziges Mal in seinem neuen Herzogtum (1739). Er setzte stattdessen Regenten ein: Zuerst die lothringischen Fürsten von Craon und Graf Emanuel di Richecourt, dann nach 1757 den österreichischen Feldmarschall Antonio Botta Adorno, der versuchte, das archaische Land und die ungenügenden Staatsgeschäfte zu reformieren.[1]

Diese Bestrebungen mussten zwangsläufig zu einem Konflikt mit der Kirche, dem größten Grundbesitzer, führen. Die Jahreseinnahmen sämtlicher kirchlicher Institutionen wurden auf acht Millionen Lire geschätzt, während das Staatseinkommen bei der Hälfte lag. Der Großteil der kirchlichen Einnahmen wurde zudem ins Ausland, vor allem in den Kirchenstaat, transferiert.

1751 wurden Desamortisationsgesetze erlassen, welche den Gütererwerb seitens der Kirche drastisch einschränkten (*legge sulla mani morta*). Deren Verfasser war Giulio Rucellai, der spätere langjährige Berater von Pietro Leopoldo (Peter Leopold) in Religionsfragen. Die Inquisition verlor dazu das Zensurrecht auf Bücher und ihr Tribunal wurde umorganisiert[2]. Selbst Exequaturverfahren für sämtliche Kirchenakte, die nicht in der Toskana entstanden waren, wurde erwogen. Aus Furcht vor einer eventuellen Revanche seitens des Heiligen Stuhls wurde letztere Maßnahme jedoch nicht umgesetzt.

Das Jahr 1763 bezeichnet eine Zäsur in der toskanischen Politik. Gleichzeitig mit der geplanten Hochzeit seines Sohnes Peter Leopold mit der spanischen Prinzessin Maria Ludovica beschloss er, das Großherzogtum vom Erbprinzip der Primogenitur, die bei den Habsburgern galt, auszuschließen, und daraus eine Sekundogenitur für seinen jüngeren Sohn zu machen. Am 5. September 1765 erfolgte diese Heirat in Innsbruck und nicht einmal zwei Wochen darauf, am 18. September, verstarb Franz Stephan. Der junge Erzherzog begab sich sofort in jenes Land, das er die nächsten 25 Jahre regieren sollte.

2. Die ersten Jahren der Herrschaft von Peter Leopold und seine ersten Reformen

Kurz nach dem Regierungsantritt durch den jungen Erzherzog kam es zu Ereignissen, die zu einer Auseinandersetzung mit seinem Bruder Joseph II führten und Pietro Leopoldo zu einer Entscheidung zwischen dem Interesse des Hauses Habsburgs und dem Wohl des Großherzogtum Toskana zwangen. Dieser Bruderzwist betraf das väterliche Erbe. Franz Stephan hatte die enorme Summe von zwölf Millionen Lire in toskanischen

* Dr. habil. Marcin Kwiecień, Fakultät für Rechtswissenschaften und Verwaltung, Jagiellonen Universität in Kraków, Polen.

1 RODOLICO, N., Emanuele di Richecourt iniziatore della riforme lorenesi in Toscana. In: *Saggi di storia medieval e moderna*. Firenze, 1963, S. 365 ff; idem, *La regenza lorenese in Toscana 1737-1765*. Prato, 1908; idem, *Stato e chiesa durante la regenza lorenese*. Firenze, 1910; DIAZ, F., *I Lorena in Toscana. La Reggenza*. Torino, 1988.

2 ZOBI, A., *Storia civile della Toscana*. Bd. 2, Firenze, 1850, Appendix, S. 67 f.

Banken geparkt. Nach dem Tod des Prinzgemahls, der als Finanzgenie galt,[3] forderte der ältere Sohn seinen Anteil, den er aus „Bruderliebe“ auf zwei Millionen Gulden (plus 4% Zinsen) senkte.[4]

Der Zwang, eine derart große Summe aufzubringen, in Verbindung mit der angespannten Finanzlage der Toskana machten Reformen unumgänglich. Das übergeordnete Ziel war die Einheit des Staates und seiner Strukturen im Gerichts- und Steuerwesen, die oftmals noch aus dem republikanischen System oder von den Medici stammten. Der Ökonom und Rechtsgelehrte Pompeo Neri stand hinter den meisten Reformen der ersten Regierungsjahre.[5] Er normierte die Judikatur und trennte sie von der Exekutive, die somit unabhängig und unter einem Polizeipräsidenten selbstverwaltet wurde.[6] Die für den Fiskus desaströse Steuerpacht wurde aufgehoben und das Fiskalsystem standardisiert; u.a. durch eine einheitliche Grundsteuer, die Aufhebung sämtlicher Prohibitivzölle sowie der Einfuhrverbote für Lebensmittel. Außerdem wurden die mittelalterlichen Belastungen bzw. Grunddienstbarkeiten (Frondienst, Jagdrecht auf bäuerlichen Gründen) sowie Handelsbeschränkungen für (Im-)Mobilien beseitigt.[7] Ebenso liquidierte man die Zünfte und Kaufmannsgilden und in den weiteren Jahren Beschränkungen für Handwerker sowie staatliche Monopole und Privilegien. Der Handel wiederum sollte durch Aufhebung sämtlicher Binnenzölle belebt werden, die oftmals an den Provinzgrenzen fällig wurden.[8]

Des Weiteren wurde die Verwaltung von Gemeinden und Gebietskörperschaften reformiert und der noch mittelalterlich administrative Flickenteppich von Dörfern und Städten musste einer homogenen Staatsverwaltung weichen.[9] Da die Toskana als habsburgische Sekundogenitur weder eine eigenständige Außen- noch Verteidigungspolitik betrieb, wurden die kleine Armee sowie die Kriegsflotte aufgelöst. Offiziell wurde Neutralität erklärt, was nach Meinung des Erzherzogs den Bestand und die Souveränität des Landes besser sichern sollte als der Unterhalt eines größtmöglichen Heeres.[10]

3. Der Verfassungsentwurf für das Großherzogtum Toskana

Als krönender Abschluss der ersten Regierungsjahre von Pietro Leopolda sollte in der Toskana eine Verfassung für das Großherzogtum erlassen werden. Unter Historikern wurde heftig über die Beweggründe des Herrschers spekuliert: Sollte der Verfassungsentwurf bloß als Propagandainstrument dienen, um das Absolutistische – ähnlich der *Instruction pour la commission chargée de dresser le projet d'un nouveau code de loix* der Kaiserin Katherina II. – zu verschleiern? Francesco Dini vertritt diesen Standpunkt. Oder entsprang er einem tatsächlichen Bedürfnis von Pietro Leopolda, dessen Umsetzung bloß an einer Reihe unglücklicher Umstände scheiterte, wie von Mario Aglietti,[11] Joachim Zimmerman[12] oder Adam Wandruszka[13] vertreten? Mir scheint, dass die überlieferten Meinungen bzw. die erhaltene Korrespondenz, insbesondere die von J. Zimmerman ausgiebig zitierten Briefe des Großherzogs an seine geliebte Schwester Marie Christine, die Mitregentin der österreichischen Niederlande, von seinen ehrlichen Absichten zeugen.[14] Auch Renato Mori, ausgewiesener Spezialist für die toskanischen Wirtschaftsreformen, bestätigt dies und stellt in seinem Artikel die These auf, die der Physiokratismus-Doktrin verpflichteten Reformen hätten Einiges zur Liberalisierung des Wirtschaftslebens in der Toskana beigetragen; was auch solche im politischen Bereich nach sich ziehen musste.[15] Bereits 1779 beauftragte Pietro Leopolda unter dem Einfluss Rousseau'scher Ideen und dem Eindruck der amerikanischen Revolution, seinen ihm nahestehenden Berater, Francesco Maria Gianni, den Entwurf *per l'erezione di un corpo di rappresentanza pubblica in Toscana* vorzubereiten.[16] In den Rohfassungen verband Gianni die Idee, eine landesweite Vertreterversammlung mit den zuvor – als Ergebnis der Verwaltungsreform – eingeführten allgemeinen Gemeindeversammlungen einzuberufen. Die Rolle eines Mittler-Organs sollte auf einer Zwischenebene dieses Vertretungskörpers, zwischen den Repräsentanten des gesamten Landes und den Ver-

[3] HENNINGS, F., *Und sitzet zur linken Hand: Franz Stephan von Lothringen.* Wien-Berlin-Stuttgart, 1961.
[4] ZOBI, A., *Storia civile della Toscana dal 1737 al 1848*. Bd. 2, Firenze, 1850, S. 22.
[5] RODOLICO, N., *Storia degli Italiani.* Firenze, 1954, S. 478-482.
[6] HIRSCH, F., Leopold II. als Großherzog von Toskana. In: *Historische Zeitschrift*. Bd. 40, 1878, S. 446; WANDRUSZKA, A., Pietro Leopoldo e le sue riforme in Toscana (Dal Diario del Conte Carlo Zinzendorf). In: *Archivio Storico Italiano*, ann. CXVIII, 1960, S. 286-291.
[7] MORENA, A., Le riforme e le dottrine economiche in Toscana. In: *La Rassegna Nazionale.* Bd. XXVIII, 1886, S. 640-641; MORI, R., *Le riforme leopoldine nel pensiero degli economisti toscani del'700*. Firenze, 1951, S. 30-33.
[8] DAL PANE, L., *La questione del commercio dei grani nel Settecento in Italia*. Milano 1932, S. 221; VALSECCHI, F. (Hrsg.), *Storia d'Italia. L'Italia nel Settecento dal 1714 al 1788*. Milano 1959, S. 662.
[9] REUMONT VON, A., *Geschichte Toskanas seit dem Ende des florentinischen Freistaates.* Bd. 2, Gotha, 1877, S. 89-93; HIRSCH, F., *op. cit.*, S. 446.; HOLLDACK, H., Die Reformpolitik Leopolds von Toskana. In: *Historische Zeitschrift*, Bd. 165, 1942, S. 23-46.
[10] HOLLDACK, H., Die Neutralitätspolitik Leopolds von Toscana. In: *Historische Vierteljahrschrift*, XXX, 1935.
[11] AGLIETTI, M., La costituzione per la Toscana del Granduca Pietro Leopoldo. In: *Rassegna Nazionale*, ann. XXX, Bd. CLXIV, 1908, S. 273-295.
[12] ZIMMERMAN, J., *Das Verfassungsprojekt des Großherzogs Peter Leopold von Toscana*. Heidelberg, 1901.
[13] WANDRUSZKA, A., *Leopold II Erzherzog von Österreich, Grossherzog von Toscana, König von Ungarn und Böhmen.* Bd. I-II, Wien-München, 1965.
[14] Je crois, que le souvarain, mẹme hereditaire, n'est que délégue et employé du people pour lequel il est fait…, que le pouvoir éxécutif est dans le souverain, mais le législatif dans le people et ses represéntants. Lettera di Leopoldo I a Maria Cristina, 25 Januar 1790. In: FRANCHETTI, A., *Storia d'Italia dal 1789 al 1799*, Milano, 1890, S. 49.
[15] MORI, R., Aspirazioni costituzionali nel pensiero politico toscano del settecento. In: *Archivio Storico Italiano*, ann. CI, 1943, S. 31-61.
[16] GIANNI, F. M., Memorie sulla costituzione di governo immaginata dal Granduca Pietro Leopoldo da servire all'istoria del suo regno in Toscana (1805). In: *Scritti di pubblica economia storico-economici e storico-politici del Senatore Francesco Maria Gianni*. Firenze, 1848 und die letzte Ausgabe in: VENTURI, F. (Hrsg.), *Illuministi italiani. Tomo III. Riformatori lombardi, piemontesi e toscani*. Milano-Napoli, 1966, S. 159-181.

tretern der einzelnen Gemeinden, eine Provinzversammlung übernehmen. Dieses System stützte sich auf die im 18. Jahrhundert populären Ideen der Franzosen Guillame-François Le Trosne, Pierre Samuel du Pont de Nemours und Anne-Robert-Jacques Turgot.[17] Die Kompetenzgrenzen zwischen Exekutive und Legislative wurden von Gianni nicht präzise formuliert. Der Großherzog fügte im Frühjahr 1780 zwei Korrekturen in Giannis Entwurf ein. Interessanterweise war Peter Leopold – laut J. Zimmerman – hinsichtlich der gesetzgebenden Vollmachten weitaus radikaler als sein Berater.[18] Er erkannte, in Übereinstimmung mit der Theorie von Montesquieu, der gesetzgebenden Versammlung das Recht auf die Steuergesetzgebung zu, das Gianni dem Herrscher vorbehalten hatte. Nach einer siebenjährigen Planungsphase präsentierte Gianni am 1787 dem Großherzog seinen Verfassungsentwurf. Das Grundgesetz sollte aus drei Teilen bestehen: Dem *Proömio* (der Präambel), der *Costituzione* (*legge fondamentale*), welche die Befugnisse des Souveräns und Rechte des Volkes beinhaltete, sowie den *Ordinazioni*, jenen erläuternden Beschlüssen, welche die Wahrnehmung der Rechte seitens des Volkes (die Wahlordnung für die jeweiligen Gebietskörperschaften also) präzisierten.[19] Die Präambel berief sich auf das Naturrecht, von dem sie die Notwendigkeit einer Verfassungsgebung ableitete, da nämlich die Sicherstellung einer Regierung zu den wichtigsten Pflichten des Herrschers gehöre *che sotto l'osservanza della Santa Religione Cattolica e colla guida di una cristiana morale assicurasse loro la possibile umana felicitá nell'onesto esercizio della liberta*.[20] An der Spitze der Exekutive stand der Großherzog, dem folgende Prärogative zustanden: Oberbefehl über die Armee (Artikel 42), Offiziersernennungen (Artikel 43), Richternominierungen (Artikel 44), Ernennung von Staatsbeamten (Artikel 45), die Vorrecht, auf dem Gebiet des Großherzogtums in kirchlichen Angelegenheiten zu entscheiden (Artikel 48)[21] sowie die Gnadenbefugnis (Artikel 47). In diesem Fragen konnte die Volksvertretung, die sich aus der allgemeinen Landes- und der Provinzversammlung zusammensetzte, keinen Einfluss auf die Entscheidungen des Souveräns ausüben. Die Staatsfinanzen *(Conto Regio*) wurden von der großherzoglichen (*Conto della Corona*) Privatkasse getrennt und dem Regenten war es verboten, die öffentliche Hand zu verschulden (Artikel 39). Der Großherzog hatte legislative Gewalt, die von der allgemeinen Landesversammlung hätte beschränkt werden können: Sie konnte Gesetzesanträge einbringen, Vorschläge machen, Ratschläge erteilen und hatte ein uneingeschränktes Vetorecht gegenüber der herzoglichen Gesetzgebung. Auch der Herrscher hätte mit einem uneingeschränkten Vetorecht die Legislative der Versammlung beeinflussen können.

Die Allgemeine Landesversammlung wurde im Verfassungsentwurf mit *l'assemblea generale* bezeichnet und hätte gemeinsam mit den, während der Verwaltungsreformen ins Leben gerufenen, Gemeinde- sowie den geplanten Provinzversammlungen ein einheitliches und landesweites Netz von Vertretungsinstitutionen bilden sollen. Das Großherzogtum sollte in 18 Provinzen mit einer jeweiligen Versammlung gegliedert werden. Die Gemeindeversammlungen hätten je einen Vertreter an die Provinzversammlung delegiert und diese wiederum je einen in die allgemeine Landesversammlung. Während der Provinzversammlungen wären Anträge und Gesetzesentwürfe, die von den Gemeindeversammlungen eingebracht worden wären, behandelt und mit einer Stimmenmehrheit von 2/3 angenommen oder abgelehnt worden. Im Falle einer Annahme wären sie in den Sitzungen der jährlich in Florenz stattfindenden Allgemeinen Landesversammlung behandelt worden. Offensichtlich sollte der Vertretungskörper in diesem Verfassungsentwurf kein gleichberechtigter Partner für den Herrscher sein, sondern vielmehr ein Beratungsorgan zur Präsentation der Untertanen-Interessen und, um den Willen des Volkes eine Stimme zu verleihen. Die besondere Verfahrensweise bei der Verabschiedung von Gesetzen verweist darauf, dass die Gesetzgebung der Versammlung vor allem die Partikularinteressen der einzelnen Gemeinden und Provinzen sowie Fragen in lokalem Zusammenhang betreffen sollten.

Eine interessante staatsrechtliche Lösung war der bereits erwähnte Artikel 19, der eine Neutralität der Toskana postulierte.[22] Darin sagte man sich vom Krieg los und verzichtete auf jeglichen Abschluss von Militärbündnissen mit einer europäischen Macht.

Die ältere Historikergeneration in Italien schrieb den Entwurf von Gianni dem Einfluss der Ideen Jean-Jacques Rousseaus, dem Naturrecht sowie den republikanischen Traditionen von Florenz zu.[23] Seit den Untersuchungen von Carlo Francovitch gilt als gesichert, dass das amerikanische politische Gedankengut, insbesondere die Grundrechteerklärung von Virginia, Einfluss auf den toskanischen Entwurf hatte.[24]

Der von Gianni erstellte und mit dem Großherzog abgestimmte Verfassungsentwurf wurde nie umgesetzt. Die Pläne von Joseph II, den besonderen staatlichen Status der Toskana aufzuheben und alle habsburgischen Ländereien zu vereinheitlichen, verunmöglichten Peter Leopold die Verabschiedung des Grundgeset-

[17] HOLLDACK, *Die Reformpolitik,* S. 35.
[18] ZIMMERMAN, *op. cit.*, S. 36.
[19] Editto per la formazione degli stati di Toscana. In: MORI, R., *Le riforme leopoldine nel pensiero degli economisti toscani del'700*. Firenze, 1951, S. 159-173.
[20] *Ibidem,* S. 159.
[21] 48. *„La nomina a tutti gli arcivescovadi o vescovadi dello stato come pure la collazione di tutti i benefizi di patronato regio, o spettanti al patrimonio della corona con l'esercizio di tutti i diritti, che sono della natura di tal azioni, e cosi anche tutto ciò, che possa cadere ed intendersi sotto nome di giurisdizione, o diritto regio per la conservazione delle sue prerogative ed autorità contro ogni pretenzione o fatto di Podestà ecclesiastica, come secolare. Ogni diritto di autorità di regolare a governare le università di studio et accademie di scienze destinate all'istruzione pubblica* (…)*." Ibidem,* S. 169.
[22] Art. 19 *„Non potrà alterarsi in modo alcuno il presente stato di neutralità generalmente nel Granducato di Toscana, né dichiarare o fare la guerra con alcuna potenza e così neppure prendere parte, interesse, o favore tanto direttamente che indirettamente nelle ostilità o nelle guerre altrui, come parimenti trattare né concludere alleanze, soccorsi attivi nè passivi in denari, roba, o truppe sotto verun titolo." Ibidem,* S. 163.
[23] MORI, R., J.J. Rousseau e il pensiero politico toscano del settecento. In: *Archivio Storico Italiano*, ann. CII, 1944, S. 82-105.
[24] FRANCOVITSCH, C., La rivoluzione americana e il progetto di costituzione di Granduca Pietro Leopoldo. In: *Rassegna Storica del Risorgimento, Atti del XXXII Congresso di Storia del Risorgimento Italiano.* Roma, 1954, S. 371-385.

zes. Nach langen Widerständen musste er am 5. Juli 1784 den Akt zur Aufhebung der Sekundogenitur in der Toskana für die Zeit nach dem Tod von Joseph II unterzeichnen.[25] *Nur die Verfassung hat der Großherzog nicht gewährt, die sein Werk erst gekrönt und aus der Toskana den konstitutionell-liberalen Musterstaat gemacht hätte*, schrieb Heinz Holldack, der die Leistungen von Peter Leopold beim Aufbau eines modernen Staates, der auf einem politischen und rechtlichen System mit Teilhabe der Untertanen an der Regierung beruhen sollte, sehr hoch einschätzte. Sicher ist nur, dass in Florenz der erste konstitutionell gesinnte Monarch residiert hat, den die europäische Geschichte kennt.[26]

4. Galizien unter der österreichischen Herrschaft

Das Territorium von Galizien wurde während der ersten polnischen Teilung (1772) von Polen-Litauen abgetrennt und der Habsburger-Monarchie als Kronland eingegliedert. Galizien verlor aber natürlich nicht die Verbindung zum vormaligen Vaterland und die Reformen des Großen Sejm (1788-1792) blieben auf die politischen Eliten nicht ohne Einfluss.[27]

Andererseits herrschte im neu angegliederten Teil der Geist eines aufgeklärten Absolutismus, der durch die herbeigerufenen deutsch- und tschechischsprachigen Beamten ins Land getragen, und auch von lokalen Loyalisten bereitwillig angenommen wurde. Einige Maßnahmen der neuen Machthaber trafen dabei auf lebhaften Widerstand des Landadels, wie die Urbarialreform von 1789.[28] Aber in der mit harter Hand von Joseph II gelenkten Monarchie sahen sie keine Möglichkeit, die eigenen Forderungen umzusetzen. Es kam allerdings zu Initiativen von Einzelpersonen, um die Urbarialreform in Galizien abzuschwächen. Doch trafen sie weder beim Kaiser, noch bei der Wiener Bürokratie auf ein geneigtes Ohr. Erst als der als liberal geltende Leopold II den Thron bestieg (vormals Großherzog der Toskana) kehrte die Hoffnung auf eine – zumindest teilweise – Autonomie zurück. Das in Warschau gegründete Geheimkomitee zum Wiederanschluss Galiziens an Polen-Litauen wurde nach Lemberg verlegt. Aus den Mitgliedern ging eine Delegation mit Józef Maksymilian Ossoliński an der Spitze hervor, die sich nach Wien begeben und den neuen Monarchen begrüßen sollte.[29] In Folge bemühten sich die Mitglieder um eine Legalisierung des Komitees und riefen in Lemberg öffentlich ein Komitee aus, das als Repräsentant der Stände auftrat (von den Wiener Behörden wurde für Galizien und Lodomerien ein Landtag beibehalten). Trotz der Zusicherungen des Kaisers hinsichtlich der Notwendigkeit, Galizien eine Verfassung geben und dessen Eigenständigkeit vergrößern zu wollen, traf die Delegation auf Hindernisse und Intrigen seitens der Wiener Bürokratie. Nachdem sich der Aufenthalt in der Hauptstadt in die Länge zog und fruchtlos blieb, rief dies beim galizischen Adel Skepsis hervor. Ein erster Erfolg war die Überreichung des Memorandums vom 23. April 1790 während einer kaiserlichen Audienz Ende Mai 1790. Die Überwindung der für jede Regierungsübernahme typischen Kinderkrankheiten im Inneren und die Verbesserungen auf dem internationalen Parkett verschlechterte allerdings die Verhandlungsposition der „Stände"-Vertreter aus Galizien. Zwar hielt der Kaiser an seinem Standpunkt bezüglich der notwendigen politischen Veränderungen in Galizien fest, jedoch obsiegte der bürokratische Widerstand gegen die als unmöglich umzusetzen geltenden Forderungen des Memorandums. Die Delegation sah sich zu zahlreichen Änderungen und Korrekturen gezwungen. Jener Text der als Charta Leopoldina Leopold II während einer Audienz am 19. August 1790 überreicht worden war, traf anschließend in die österreichische Hofkanzlei, welcher Graf Kollowrat, ein deklarierter Gegner der polnischen Sache, vorstand. Die Delegationsmitglieder ergänzten während des Disputs den Text um zahlreiche Erklärungen und nach erneuter Abschrift wurde er am 1. September 1790 erneut dem Kaiser vorgelegt. Dies war auch schon der Höhepunkt der offiziellen Offensive in Wien. Das Lemberger Komitee wurde, ebenso wie die Unter-Komitees in den Distrikten, aufgelöst. Gegenüber der Delegation wurde der Vorwurf erhoben, sie hätte keinerlei Legitimation, die galizische Bevölkerung zu vertreten, und ihre Abfahrt aus Wien angeordnet. Die Hofkanzlei beurteilte den Entwurf und legte dem Kaiser ein Protokoll vor, ohne jedoch über den Arbeitsfortschritt der Delegationsmitglieder zu informieren. Diese wiederum wandten sich mit der schriftlichen Bitte an den Monarchen, ihnen die Anmerkungen aus der Kanzlei zugänglich zu machen. Laut Stanisław Grodziski war die Form aber wohl allzu forsch, da sie die kaiserliche Antwort erhielten, nicht weiterhin als Delegation der galizischen Stände betrachtet zu werden.[30] Zwar ließ sich seine Hoheit beschwichtigen und behandelte Ossoliński und Jan Bąkowski als Abgeordnete, doch verliefen die weiteren Arbeiten hinter deren Rücken und entsprachen mit Sicherheit nicht den ursprünglichen Absichten. So sollten jene Punkte übergangen werden, die laut Beamtenmeinung die legislative und exekutive Macht des Kaisers beeinträchtigt hätten. Der Kaiser berief eine eigene Kommission (in der Zusammensetzung: Erzherzog Franz, Graf Kollowrat, Graf Brygido und andere)[31] ein. Als Ergebnis von zwei Sitzungen entstand im Jänner 1791 ein Protokoll, das die Postulate der Charta zur Gänze und in aller Schärfe kritisierte. Der Kaiser erhielt dieses Protokoll erst nach der Verabschiedung der polnischen Verfassung vom 3. Mai. Leopold II wandte sich daraufhin an den Statthalter von Galizien, Graf Brygido, mit der Bitte, Vorschläge bezüglich politischer Kompromisse zu unterbreiten,

[25] WANDRUSZKA, A., Joseph II. und das Verfassungsprojekt Leopolds II. Die Abolition und Wiederrichtung der toskanischen Sekundogenitur 1784-1790. In: *Historische Zeitschrift*, Bd. 190, 1960, S. 18-30.

[26] HOLLDACK, *Die Reformen*, S. 45-46. A. Wandruszka zur Frage der Toskanien: moderne Musterstaat der europäischen Aufklärung in: WANDRUSZKA, A., Die Persönlichkeit Kaiser Leopolds II. In: *Historische Zeitschrift*, Bd. 192, 1961, S. 208.

[27] GRODZISKI, S., *Wielka Historia Polski, Tom 6, Polska w czasach przełomu (1764-1815).* Kraków, 1999, S. 228.

[28] ROZDOLSKI, R., *Stosunki poddańcze w dawnej Galicji*, Bd. 1, Warszawa, 1962, S. 235f.; GRODZISKI, S., *Historia ustroju społeczno-politycznego Galicji*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1971, S. 72.

[29] JABŁOŃSKA, W., *Józef Maksymilian Ossoliński-szkic biograficzny*. Wrocław-Warszawa-Kraków, 1967, S. 44 ff.; Der Briefaustauch in: JABŁOŃSKA, W. (Hrsg.), *Korrespondencja Józefa Maksymiliana Ossolińskiego.* Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1975, S. 22 ff.

[30] STARZYŃKI, S., Projekt galicyjskiej konstytucji 1790-1791 (Charta Leopoldina). In: *Przewodnik Literacki i Naukowy*. 1892, S. 618 ff.

[31] Erzherzog Franz, Graf Kollowrat, Graf Brygido, Kressla, Ugarte, Koller, Haan, Summerau und O'Donell.

die man den Polen anbieten könnte. Brygido antwortete im November 1792, indem er ein Abweichen von der Josephinischen Politik, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht, vorschlug. So wurde eine weitere Kommission mit Erzherzog Franz ins Leben gerufen. Allerdings beendete der überraschende Tod des Kaisers im März 1792 die Arbeit an der Charta.

5. Die Charta Leopoldina als ein Verfassungsentwurf für Galizien

Die Charta wurde mit einem *Exposé zur Erklärung der untertätigsten Bitten der Galizischen Stände* eingeleitet,[32] in welchem die Verfasser ihre Motive darlegen, wobei sie sich sowohl auf das Naturrecht, als auch auf die uralten Privilegien ihres Landes beriefen.[33] Dabei betonen sie, dass Letztere sie zu den gleichen Freiheiten und politischen Garantien, der sich Ungarn erfreut, berechtigen würde.

Das erste Kapitel ist den Persönlichkeitsrechten gewidmet. Darin finden sich Forderungen nach einer Freiheitsgarantie, die sich auf das Naturrecht stützt, sowie aufklärerisches Gedankengut, das mit konservativen Standpunkten aus dem Adels-Milieu vermischt wurde und die Rücknahme der Josephinischen Reformen forderte. Die *„Heiligkeit und Unberührbarkeit"* des Eigentumsrechts wurden garantiert und die bäuerlichen Pflichten hinsichtlich des geltenden Besitzstandes niedergeschrieben (dabei verlangte man gleichzeitig einen Ausgleich für den Eingriff in jene Rechte, die von der Urbarialreform betroffen waren).[34] Die Rede war auch von der absoluten persönlichen Freiheit in Verbindung mit Siedlungs- und Ausreisefreiheit bei gleichzeitiger Forderung nach Garantien, dass keine Privatperson gezwungen werde, gegen ihren Willen einen Teil ihres Besitzes für den Unterhalt von öffentlichen Einrichtungen bestimmen zu müssen.[35] Dabei ging es natürlich um Schulen, Justiziare, Mandatare und Magistraturen für Freistädte. Die persönliche Unantastbarkeit wurde zugesichert, niemand durfte ohne Gerichtsurteil eingesperrt werden, wenn auch eine – dem polnischen Gewohnheitsrecht unbekannte – vorübergehende Festnahme vorgesehen war. Selbst für diesen Fall sollte der Arrestant unverzüglich einem Richter vorgeführt werden, der über Kaution, Fortsetzung des Arrests oder Freilassung zu entscheiden gehabt hätte.[36] Häuser von Adeligen wären von sämtlichen militärischen Einquartierung befreit gewesen, die Unantastbarkeit von Adelssitzen wurde garantiert und gleichzeitig verboten, Wohnungen von Privatpersonen aufgrund des Verdachtes auf Monopolverletzung, Schmuggelgut oder Import verbotener Waren zu durchsuchen. Der Adel hätte von sämtlichen persönlichen Pflichten befreit werden sollen, darunter auch von Fron- und Spanndiensten (ein Zehntel der Bevölkerung war adelig und diese Vorschriften betrafen sicher bloß den ärmsten Teil). Garantien für Mobilien und Pfründe von Kathedralen und Diözesen waren gegen die Auswirkungen der Josephinischen Reformen gerichtet.[37] Geplant war auch eine deutliche Verschlechterung für den jüdischen Bevölkerungsanteil, in dem ihnen die institutionelle Selbstverwaltung ebenso wie das passive Wahlrecht zu den Magistraturen genommen sowie ein Verbot für Grundkauf eingeführt werden sollte. Juden, die sich auf privaten Grund niedergelassen hätten, sollten – ähnlich wie die Bauern – landesherrschaftliche Untertanen werden.[38] Den Bauern wäre Rechtsschutz zuteil geworden und es wurden strenge Strafen (Geldstrafen in doppelter Höhe) für den Fall ihrer übermäßigen Belastung angedroht.

Kapitel zwei widmete sich der Organisation der Generalsstände und Bezirksversammlungen (*Organisation des Etats Généraux et des assemblées provinciales*). Darin war die Einberufung einer Versammlung der Generalsstände vorgesehen, die sich aus zwei Repräsentantengruppen zusammensetzen sollte: Eine auf Lebenszeit bzw. für eine Periode gewählt. Das Wahlrecht sollte in direkten Zusammenhang mit dem Grundbesitz stehen, woraus sich die beiden Wählergruppen ergaben; Gutsbesitzer und Bürger.[39] Zum Schutz für die Rechte des Kleinadels fand sich

---

[32] GRODZISKI, S., GERHARDT, A. (Hrsg.), *Projekt konstytucji dla Galicji z 1790 r. („Charta Leopoldina"), Text und Übersetztung*. Warszawa-Kraków, 1981.

[33] *„Notre Patrie, Sire, non seulement est autorisé par les titres en vertu desquels elle est rentrée sous la domination de la Maison de Votre Majesté à prétendre aux libertés dont jouit la Hongrie, mais elle en a eu encore de très considerables sous le gouvernement de la Pologne, et dont la République, elle même obligée, à les respecter, ne pouvait pas le priver en faveur de tiers, aussi légalement qu'elle a transmis sa souveranité à l'Auguste Mére de (Votre) Majesté. L'histoire ne montrera pas un temps, une époque à dix sept ans près écoulés depuis la revendication, où la Galicie eût existée sans privilèges. Par la stipulation même du traité de cassion, il paraît qu'on ne lui en a pas reservé de moindres que ceux dont sont en possession les états le plus favorisés de la Monarchie." Ibidem*, S. 56.

[34] *„Section première. Sur le drois individeuels. 1. La propriété de tout citoyen sera sacrée et inviolable.* (…) *2. Les inventaires seront revêtus de forms légales, et on les envisagera comme les actes constatant les engagements mutuels des seigneurs et des paysans de sorte, qu'à l'avenir on ne leur pourra déroger que du consentement libre des deux parties, par des contracts exprès et que (conformément aux principes, qui seront énoncés dans un exposé particulier à présenter de notre part à la Chancellerie Aulique selon les orders reçus de sa part) on compensera aux seigneurs les atteintes portées par les édits antérieurs à leurs droits." Ibidem*, S. 58.

[35] *„3. On ne forcera aucun particulier à employer, malgré lui, aux fondations et établissements publics, une partie de sa fortune, par consequent, les proprietaries des domains et des villes ne seront point contraints de fournir de leurs fonds soit directement, soit indirectement, à l'erection des écoles normales, ou bien de corps de la magistrature dans le villes." Ibidem*, S. 58-60.

[36] *„5. Personne ne pourra être arrêtée, à moins d'être citée, jugée et condamnée par des juges ordinaires. L'emprisonnement provisoire n'aura lieu que dans les cas stipulés par la loi, jamais pour des raisons secretes; et la personne ainsi arrêtée devra être traduite le plus tôt qu'est possible devant son juge naturel, pour qu'il prononce sur la question préalable si l'emprisonnement doit être continue, et accorde un élargissement provisoire en tous cas qu'une caution suffisante serait offerte, et ne serait point refusée expressément par la loi." Ibidem,* S. 60.

[37] *„9. Le évêches, (les) églises cathedrals et pairossiales seront à jamais conservés avec leurs donations légales, de même que les prébendes actuellement existantes." Ibidem,* S. 60.

[38] *„10. Le juifs jouiront de tous les droits de citoyens, excepté celui d'achéter des terres et d'éligibilité pour être membre d'une magistrature quelconaque. Ils exerceront leur industrie sans aucune restriction et (ni) reserve. Ils n'auront pas d'administration séparée, et seront réunis ainsi que les autres sujets sous l'autorité de leurs seigneurs respectifs." Ibidem,* S. 60.

[39] *„2. L'activite du citoyen demeurera toujours attachée à la possession d'une propriété immeuble, parce que de tous les noeuds qui attachment les citoyens au pays, elle est le plus forte, qu'elle est le gage de sa fidélite envers l'état. Qu'enfin, c'est sur elle qu'en dernière analyse tombent toutes les charges publiques. 3. Comme il y a une double sorte de propriétés immeubles, la fonciere et celle des possessions en ville, les citoyens actifs seront partagés en deux orders, celui de terriens, et celui de bourgeoise." Ibidem,* S. 68.

folgende Formulierung: *„Jeder Grundbesitzer gehört unabhängig von der Größe seiner Güter zum Stande der Gutsbesitzer“.*[40] Gutsbesitzer sollten vier, Städte (mit Ausnahme von Lemberg) zwei Abgeordnete entsenden. Die Wahlen innerhalb des ersten Standes wären nach Vorbild der polnischen Bezirksversammlungen, die vor den eigentlichen Landtagen stattfanden, direkt erfolgt; innerhalb des zweiten Standes allerdings via Wahlmännern, die von sogenannten Wahlstädten auserkoren worden waren. Bedingung für die Ausübung des aktiven Wahlrechtes in der Bezirksversammlung im Rahmen des ersten Standes war, dass sich der Grundbesitz innerhalb des jeweiligen Bezirks befand und eine direkte Steuer in Höhe von 30 Floren geleistet wurde.[41] Kandidaten konnten bloß im Lande geborene Adelige bzw. solche mit Indigenats-Erteilung bei vollendetem 24. Lebensjahr, ohne Steuerschulden, strafrechtliche Verurteilungen oder einmal in Konkurs Gegangene sein.[42] Ausgenommen waren kaiserliche Beamte und Personen in privaten Diensten.

Für das aktive Wahlrecht innerhalb des zweiten Standes war der Besitz einer Immobilie in der Stadt mit einem Wert von mindestens 100 Deutschen Floren oder irgendeines Betriebes notwendig.[43] Für das passive Wahlrecht allerdings waren zusätzlich ein Gewinn von über 100 Deutschen Floren aus dem Kapital an Betrieben oder Besitz, die Bürgerschaft der Stadt und Volljährigkeit erforderlich. Ausgeschlossen waren auch hier kaiserliche Beamte und Privatangestellte, Bankrotteure und Personen, denen die öffentlichen Rechte aberkannt worden waren. Wähler und Gewählte aus dem ersten Stand konnten nicht im zweiten kandidieren.[44]

Das katholische Domkapitel und das griechisch-katholische bzw. armenische Konsistorium sollten jeweils einen Abgeordneten wählen,[45] die Universität Lemberg hatte das Recht auf zwei, die nicht aus dem akademischen Umfeld stammen mussten, sondern bloß volljährig sein und einen guten Leumund haben mussten.[46] Außer den gewählten Abgeordneten hätten auch Virilisten der Ständeversammlung angehört: (Erz-)Bischöfe der drei christlichen Konfessionen (römisch-katholisch, griechisch-katholisch und armenisch), 16 Würdenträger der Krone (*grand officiers de la couronne*), die 18 höchsten Grafen, infulierte Prälaten und Äbte sowie der Bürgermeister von Lemberg.[47] Außerdem hätten auch drei Untertanen-Vertreter die Bauern repräsentiert; allerdings bloß in beratender Funktion.[48]

Vier Wochen vor der ersten Landtagssitzung (*Etats Généraux*) wird die Bezirksversammlung (*assemblées provinciales*) einberufen, damit – nach Vorbild des Sejmiks von Polen-Litauen – die Abgeordneten die Vertreter des ersten Standes wählen können. Diese Organe hätten auch das Wahlrecht für die Berufung von Verwaltungsräten in den Bezirken bzw. das Recht, Kandidaten für vakante Gerichtsposten aufzustellen und Anträge bei der Vermittler-Deputation (*Députations intermédiaire des Etats*) einzubringen. Zeitgleich werden die Wahlstädte über die Sitzung des Landtages informiert. Eine ordentliche Sitzung des Landtages wäre alle zwei Jahre auf den 10. September anberaumt gewesen und hätte vier Wochen dauern sollen, mit der Möglichkeit einer Verlängerung um zwei Wochen bei Ausnahmesituationen. Außerordentliche Sitzungen hätten ausschließlich vom Kaiser einberufen werden können, der auch deren Länge bestimmt hätte.[49]

Der Monarch hätte den Ständen drei (hoch-)adelige Kandidaten vorgeschlagen, welche die Vermögensvoraussetzungen für die Würdenträger der Krone erfüllten. Unter ihnen wäre ein Marschall (Vorsitzender) auf sechs Jahre gewählt worden.[50] Aufgrund der negativen Erfahrungen mit dem polnischen Sejm legten die Autoren der Charta besonderes Augenmerk auf die Tagesordnung und Organisation des Landtages. Die Sitzungen hatten um 9:00 Uhr morgens zu beginnen, mit der Möglichkeit einer Nachmittagssitzung als Fortsetzung. Auch waren drei diverse Abstimmungsverfahren vorgesehen: mittels Stimmzählung (*scrutatio*) oder Ballotage (Kugelung, d.h. geheime Stimmabgabe mittels weißer und schwarzer Kugeln), durch Aufstehen und Setzen, oder eine mündliche Abstimmung.[51] Alle Entscheidungen sollten mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen werden.[52] Jeder Beschluss wäre erst nach Zustimmung und Bestätigung des Monarchen, dem ein absolutes Vetorecht bzw. die Möglichkeit von Abänderungen und Korrekturen dieser Landtags-Beschlüsse eingeräumt wurde, in Kraft getreten.[53] Die Beratungen sollten in Landessprache erfolgen, das Protokoll jedoch auf Latein verfasst werden.[54]

---

[40] *„5. Tout propriétaire d'une terre, de quelque rang qu'il soit, appartiendra à l'ordre des terriens.“ Ibidem,* S. 68.

[41] *„7. Pour jouir de l'activité dans les assembles provincials et de la prerogative d'electeur dans le premier orde, il sera requis de posséder à titre de propriété dans le resort de la province, une terre portant la charge de trente florins d'allemagne de contribution directe.“ Ibidem,* S. 68.

[42] Art. 9.

[43] *„8. Ceux qui auront dans une des villes électrices une propriété, soit en fonds des terres appurtenant à la ville, soit en maisons ou batiments y situés, de la valeur de cent florins d'allemagne, ainsi que les propriétaires des fabriques de quelque rang et condition qu'ils soient, seront réputés être membres de leur ville respective, et jouiront de la prérogative de choisir des électeurs dans leur corps.“ Ibidem,* S. 70.

[44] Art. 10.

[45] Art. 13.

[46] Art. 14.

[47] Art. 24.

[48] *„26. Les trois avocats des sujets (qui tous devront ętre natifs du pays) prendont aussi place aux Etats, mais n'y auront que voix consultative.“ Ibidem, S. 78.*

[49] Art. 29.

[50] Art. 30.

[51] Art. 36.

[52] *„37. Toute matière prise en délibération sera décidée par la simple pluralité des voix.“ Ibidem, S. 84.*

[53] *„38. Aucun arrêt de la diète n'aura de force qu'après qu'il été approuvé et confirmé par le Roi. Sa Majesté, jouissant à cet égard du* [*droi de*] *vote négatif dans toute l'étendue du sens, pourra en conséquence accepter ou réfuser en gros, dans les points où le consentement des etats sera requis leur* conclusum*, sans pouvoir néanmions le changer et modifier autrement que de leur aveu.“ Ibidem,* S. 84-86.

[54] *„Les débats dans la diéte se feront toujours en langue du pays, et quant au protocole, il devra être conçu en langue latine.“ Ibidem,* S. 88.

Als erstes sollten die Stände ein Komitee nominieren, dessen Aufgabe in der Revision des Rechts, der Zusammenführung der Gesetzesvorschläge in einem Gesetzbuch und dessen Vorlage zur Abstimmung vor dem Landtag bestand.[55] Ab diesem Augenblick wären irgendwelche Änderungen im Rechtssystem ohne Zustimmung des Landtages ausgeschlossen gewesen.[56] Dem Landtag wären auch die Steuerverteilung (*repartitio*),[57] Ein- und Ausfuhrzölle und die Zustimmung zur Veräußerung von Gütern der Krone unterlegen. Außerdem sollte ihm die Verwaltung der Nationalbank, des Religions- und Schulfonds, die Einbringung von Vorschlägen in Landesangelegenheiten an den Kaiser, die Beschwerdeführung gegen Beamte diesem gegenüber, die Erwiderung gegen Rechtsakte, welche gegen die Landtags-Vertretung erlassen wurden, sowie der Unterhalt eines *„Agenten der Generalsstände"* am kaiserlichen Hof unterstehen.[58]

Als Körperschaft für eine garantierte Zusammenarbeit und gegenseitige Kontrolle der Generalstände und des Monarchen mit seinem Beamten-Korps hätte eine Vermittler-Deputation gedient. Vom Landtag gewählt, hätte sie sich zusammengesetzt aus: Marschall, sechs Abgeordneten des Gutsbesitzer-Standes, drei Abgeordneten des Bürgerstandes sowie einem Untergebenen-Vertreter; der wiederum bloß beratende Funktion gehabt hätte.[59]

Die Hauptaufgabe dieser Vermittler-Deputation hätte in der Registrierung von Edikten, der Aussetzung ihrer Verlautbarung bzw. etwaigen Erwiderungen an den Hof bestanden. Keine Rechtsvorschrift wäre ohne Veröffentlichung gültig gewesen.[60] Voraussetzung hierfür war eben die vorherige Registrierung in den Akten der Vermittler-Deputation. Neben dieser Basiskompetenz waren eine Reihe weiterer Aufgaben angedacht: Verwaltung des Kronlandes und öffentlicher Güter, Schulaufsicht oder auch Berufung für gewisse Richterfunktionen. Die Vermittlung wäre den Ständen untergeordnet und ihnen verantwortlich gewesen.[61]

Die Charta regelte die Organisationsstruktur der Verwaltung im Kronland, das Statthalter-Amt und dessen Räte; des Weiteren die zu reaktivierende Galizische Kanzlei.[62] Kapitel sieben war dem Gerichtswesen gewidmet, das auf dem ständischen Prinzip beruhte und aus drei Instanzen bestand: Gerichtshöfe der ersten Instanz, Berufungs- und Revisionsgerichte[63] (nach Vorbild der ungarischen Septemviraltafel).

Das abschließende Kapitel behandelte Mittel zur Verfassungssicherung. Es sah vor, dass kein Rechtsakt, der Eigentum, persönliche Freiheit, die Sicherheit der Bürger oder die Verfassung verletzte, Gültigkeit hätte. Der Monarch verabschiedet bei Thronübernahme in Gegenwart der galizischen Abgeordneten jenes Privileg, das in alle Ewigkeit als Charta Leopoldina bekannt wäre.[64]

6. Die Verwerfung von Verfassungsentwürfen

Sowohl die Verfassungspläne im Großherzogtum Toskana als auch das galizische Charta-Projekt endet in einem Fiasko.[65] Im ersten Fall hing es mit der Aufhebung der Sekundogenitur und der geplanten Eingliederung des Großherzogtums in die Monarchie zusammen, im zweiten waren es die Widerstände der bürokratischen Eliten und der Tod von Kaiser Leopold II. Eigen war beiden Projekten eine spezifische Mischung von aufklärerischen Elementen auf Basis des Naturrechts, der Rückgriff auf die amerikanischen bzw. französischen Revolutionserfahrungen und – besonders deutlich in der Charta Leopoldina – konservative Positionen. Hier sollten die für die Bauern vorteilhaften Urbarialreformen rückgängig gemacht, die Teilhabe der Untergebenen-Vertreter im Landtag beschränkt, die Lage der jüdischen Bevölkerung verschlechtert und das Gerichtswesen auf ständische Basis gebracht werden.

---

[55] *„Section troisième. Droits des Etats Généraux. 1. Les Etats Généraux, lors de la première diète seront autorisés à nommer un comité, qui ferait la recherche des lois anciennes et modernes, choisirait les plus convenables aux circonstances présentes, les réduirait à un seul code et le soumettrait à leur discussion." Ibidem,* S. 92.

[56] *„1. (…) On ne pourra à l'avenir faire aucun changement à ces lois, tant civiles et pnales, qu'a des procedures judicaires par manière de supplement, interpretation, ou autre sans le consement exprès de la nation représentée par la diète." Ibidem,* S. 92.

[57] *„2. La masse des impôts actuels sera rendu fixé pour toujours. Les Etats en feront une répartition plus égale, sans néanmoins faire retomber une partie de la charge que portent les seigneurs sur le peuple et confondre la contribution rusticale avec la seigneuriale." Ibidem,* S. 92.

[58] Art. 3, 4, 5, 6 und 7.

[59] *„Section Quatrième. 1. La Députation Intermédiaire des Etats sera composée du Maréchal de la diete, de neuf membres actifs, à savoir: de six députés de l'ordre des terriens, et de trois de l'ordre de bourgeois, enfin d'un avocat de paysans, qui n'aura que la voix consultative." Ibidem,* S. 106.

[60] *„4. Le droit d'enregister des édits, de suspendre leur publication, d'adresser sur leur objet des rémonstrances directes et itératives à la Cour, sera le principal pouvoir de la Députation Intermédiaire des Etats, et elle l'exercera de la façon comme il suit:*
a) Aucune loi: édit, ordonnance, déclaration, ou telle autre disposition que ce soit du Souverain ou du gouvernement, ne pourra être publiée, qu'après avoir été enregistrée dans les actes de la Députation Intermédiaire., ibidem, S. 106-108.

[61] *6. Enfin, la Députation Intermédiaire sera comptable et subordonnée aux Etats Généraux. Elle ne pourra exercer aucun droit, qui ne lui sera pas expressément délegué par eux." Ibidem,* S. 112.

[62] *„Section Sixième. Organisation des autres départementes politiques du Rouyame. 5. La Chancellerie de Galicie qui avait existé pendant le règne de l'Auguste Marie Thérèse sera rétablie et incorporée à la Chancellerie de Hongrie sur le pied de celle de Transylvanie, c'est-à-dire, qu'elle sera composée d'un Chancellier Galicien natif du pays et de quatre consillers nationaux, soit natifs du pays, soit indigènes." Ibidem,* S. 136.

[63] *„Section Septième. Sur l'administration de la justice. 4. Les tribunaux constitutionnels, à savoir, le trois tribunaux de la première instance, le Tribunal des Appels et la Cour de Révision ne pourront être ni supprimés, ni transportés ni bornés dans l'exercice de leur pouvoir.*
5. La Cour de Révision sera établie dans le pays, réglé sur la forme de la Table Septemvirale de Hongrie, et placée dans un autre endroit que le Tribunal des Appels, en conséquence aucune affaire de justice ne pourra être portée hors du pays." Ibidem, S. 142.

[64] *Section Neuvième. Sur les moyens d'assurer la constitution. 6. Le privilege present portera à perpetuité le nom de la Charte Léopoldine pour éterniser la mémoire du Roi bienfaiteur de son people, sera nommement indiqué dans chaque confirmation des libertés du pays, et relu par devant des Etats à l'ouverture de chaque diète., ibidem,* S. 158.

[65] WANDRUSZKA, A., *Joseph II. und das Verfassungsprojekt Leopold II. Die Abolition und Wiederrichtung der toskanischen Sekundogenitur 1784-1790.* In: *Historische Zeitschrift,* Bd. 190, 1960, S. 18-30.

The Constitutional Rights of Women and the Objectives of the Hungarian Women's Movements (1867 – 1918)

Kinga Császár *

Abstract

The principle of equality before the law was of utmost importance in the eastern part of the Habsburg Monarchy (1867-1918). This article presents the legal status of women and particularly problematic questions concerning the above mentioned principle in the constitutional rights of women. Female suffrage, the context that rendered it possible, and the legal changes that were made before it was finally granted make up a crucial chapter in the history of women's struggles for equality. Reflecting on how this chapter unfolded in a particular country thus reveals some of the features that women's broader struggles for equality and equal citizenship took in that country. The modern concept of citizenship was based on the liberal ideas of individualism and equality, developed in the West in the 17th century, and signalled a radical break from traditional ideas of society. The contradictions that this concept of citizenship brought along for women underlie the histories of female suffrage. In Hungary, local voting rights were granted to some tax-paying women in 1871. In some Austrian lands, women could vote for municipal councils and provincial diets throughout the 19th century as long as they paid with a certain amount of property or income taxes.[1] *In spite of the early results of the civil era and the Hungarian Soviet Republic, there was a regression in political rights after 1919.*[2] *The women's movements were able to obtain results in Hungary only after the World War II.*

Keywords: *constitutional law; equality before the law; legal status of women; Habsburg Monarchy.*

1. Introductory remarks

The extension of Hungarian women's rights was initiated in the second part of the 19th century as a result of the civil reforms in 1867. The objective of the present research was to examine the efforts of Hungarian women's movements in the field of constitutional rights as well as their social background. The research was based on the available documents about female ambitions. When we hear the word "feminism", we mostly think of the English suffragette-movements fighting for the right to vote. However, the outcome of the present paper was that 19th century Hungarian women in civil society only wanted to participate in professional training in order to be able to work. Demands for political rights and for participation in public life were only distant stages of the struggle in Hungary.[3]

By the middle of the 19th century, social conflicts related to women's status – like the lack of work, maternity protection, and professional training – became more intense. As a result of this all trends of women's movements felt the need for a change.[4] Though there were differences in the time and method of the implementation, the motivations of the Hungarian and the Western-European women's movements were the same.[5] It is also important to note that early movements did not demand civil rights, and especially did not demand equal rights with men. They only wanted to obtain a fair position in the radically changed social division of labour.[6] That is why we collectively call these struggles "movements" and we set aside the use of the term "feminism".

* Dr. Kinga Császár, judge, PhD applicant, University of Pécs, Hungary.

1 RODRÍGUEZ-RUIZ, B. – RUBIO-MARÍN, R. (ed.), Introduction: Transition to Modernity, the Conquest of Female Suffrage and Women's Citizenship. In: *The Struggle for Female Suffrage in Europe. Voting to Become Citizens*. Leiden-Boston, 2012, p. 1-47.

2 PALASIK, M. (ed.), *A nő és a politikum: a nők politikai szerepvállalása Magyarországon* [The woman and the politician: the women's role in politics in Hungary]. Budapest, 2007, p. 227-257.

3 The author thought of the female demands of the French Revolution, but the situation was the same in Hungary too. In: BASSA, E., *Mit kell tudni a nőmozgalmakról?* [What Must Be Known about the Women's Movements?]. Budapest, 1982, p. 22-28.

4 CSÁSZÁR, K., Objectives of the Hungarian Women's Movements in the age of the Austro-Hungarian Dual-Monarchy (1867-1918). In: VANDENBOGAERDE, S. – LELLOUCHE, I. – DUFFULER-VIALLE, H. – DHALLUIN & B. DEBAENST, S. (eds.), *(Wo)Men in Legal History*. Lille, 2016. p. 311-326.

5 JÁNOSSY, G., *A feminizmus Magyarországon* [Feminism in Hungary]. Szombathely, 1911.

6 CSÁSZÁR, K., Women's Status in the Field of Labour Law in Hungary, through the Instance of Somogy County (1876-1914). In: *Journal on European History of Law*, No. 5, 2014, p. 129-135.

2. Women's rights in Hungary before 1867

In Hungary, the importance of women's education was a political issue in the final decades of the 18th century. It was held that the key to creating the nation's integrity was to spread Hungarian culture widely and consequently women's education was supported. The early supporters of the subject – Péter Bárány, Ádám Pálóczi Horváth – claimed women had the right to education and political rights and they canvassed for giving women the right to participate in parliamentary sessions.[7] Moreover, some of them demanded that women have equal rights with men in holding public office.[8] Though they still considered men to have priority over women in society and of course, in return for these advantages, women would assume certain obligations in the field of education, the use of the Hungarian language, dressing, and in child-care.[9] Some significant results of this period were the drawing up of some important demands of fundamental human rights for women (such as freedom of speech, the right to education and the right to bring action for dissolution of marriage [10]).

International contacts played a crucial role in women's struggles, especially in verifying that the upheaval of women was taking place in line with the models used by other Western European cultures.[11] However, the Hungarian endeavours in emancipation differed completely from examples from other countries. We can see four important differences. First of all, their opinion was different from the conceptions of the followers of socialism in so far as the efforts of equality missed the destructive nature in family law.[12] According to socialists, private ownership and the institution of family were interlocked, and consequently followers of these doctrines believed in the idea of collectivism in order to nullify the institution of family. But Hungarian women's demands remained free of the idea of "femme libre".[13] On the other hand the Hungarian movement differed from modern Western European models too. This difference can be seen through the ambitions of social democratic female movements. Moreover, we must highlight the third important difference, namely that – in contrast to Western European countries – civil reforms were carried out mostly by the land-owning gentry, as Hungarian society did not have a strong urban bourgeoisie. The movement examined mostly the cultural status of intellectual women.[14] The fourth important difference was the fact that in contrast to the Western European model, the Hungarian legal system ensured full capacity for married women before 1848.[15]

The emancipation of women was able to start only after the Compromise (1867) in Hungary, when civil reforms were carried out. It is important to note that female struggles should be valued among the circumstances in the Habsburg Monarchy. In this society, relations between men and women were based on the traditional family-model.[16] At the beginning, women all over Europe, including Hungary, simply demanded civil rights. The fight for suffrage only began at the turn of the 20th century. The extension of gender rights was the result of legislation enacted in the field of family law and marriage property law after the Compromise. This was then offset against the demands that followed.

3. Political rights of women and the objectives of the Hungarian women's Movements

Classic civil revolutions did not bring the emancipation of women along with them.[17] Regarding political rights, we can say that Hungarian noblewomen enjoyed more rights before 1848, after which the laws of April deprived them of some previously owned privileges. In the feudal society widows were entitled to hold political office in certain cases, such as the position of the lord lieutenant based on nomination. Also, before 1848 the so called "boyish" women [18] and widows who stayed on their husbands' land could be appointed president of the manor-court or could attend sessions of local authorities or Parliament through their representatives.[19]

During the parliamentary session of 1843-44, Members of Parliament held a long debate on the voting rights of noblewomen. The aim of some politicians was to give the right for wealthy citizens, which was the reason of the proposal which suggested that noble women and the widows of wealthy citizens be given the right to send emissaries to Parliament. Most counties refused this proposal though.[20] However, by stating that

[7] HORVÁTH PÁLÓCZI, Á., *A magyar asszonyok prókátora a Budán összegyűlt rendekhez 1790* [The lawyer of Hungarian women to the assembled estates in Buda 1790]. Part II, Budapest, 1822, p. 70.
[8] BASSA, *Mit kell tudni*, p. 67.
[9] FÁBRI, A. (ed.), *A nő és hivatása I. Szemelvények a magyarországi nőkérdés történetéből 1777-1865* [The woman and her profession, Part I., Selected passages from history of the Hungarian women question 1777-1865]. Budapest, 1999, p. 121-128.
[10] HERGER, É.CS., The Introduction of Secular Divorce Law in Hungary. 1895-1918. Social and Legal Consequences for Women. In: *Journal on European History of Law*, No. 2, 2012, p. 138-148.
[11] ZIMMERMANN, S., *Die bessere Hälfte? Frauenbewegungen und Frauenbestrebungen in Ungarn der Habsburgermonarchie 1848-1918*. Vienna-Budapest, 1999, p. 9-17.
[12] HERGER, E. CS., *A modern magyar házassági vagyonjog kialakulása és rendszere a német jogfejlődés tükrében* [Formation of Modern Matrimonial Property Law in Hungary in the Mirror of the German Legal Development]. Passau, 2017, p. 156-164.
[13] POGÁNY, Zs., *Nőemancipáció 1790-1848* [Women's emantipation 1790-1848]. Budapest, 1937, p. 38-51.
[14] BARÁTH, F., *Nevelés, tudomány, nőügy. A nők munkaköre* [Education, Science, and Women's Affairs. Women's Jobs]. Budapest, 1872, p. 73.
[15] HERGER, *A modern magyar*, p. 339-353.
[16] CSÁSZÁR, K., The Traditional Christian Family Model and the Legal Status of Women in Hungary (1867-1948). *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*, No. 1, 2017, p. 147-167.
[17] HENIG, R. – HENIG, S., *Woman and Political Power: Europe since 1945.* London - New York, 2000, p. 16.
[18] BÉLI, G., *Magyar jogtörténet. A tradicionális jog* [Hungarian legal history. The traditional law]. Budapest-Pécs, 2014, p. 37.
[19] CSIKY, K., A magyar nő jogai [Rights of the Hungarian woman]. In: *Nemzeti Nőnevelés* [National Education of Women]. Budapest, 1894, p. 98-121.
[20] NAGYNÉ SZEGVÁRI, K., *A női választójog külföldön és hazánkban* [Women's voting rights in Hungary and abroad]. Budapest, 2001, p. 19-38.

"the woman" is not eligible to vote, Act V of 1848 eliminated the earlier indirect voting rights of noblewomen. According to the new act, widowed noble women could participate in elections through representatives. Although the legislators of the time pressed for the abolition of certain forms of gender discrimination in private law, they were also against political rights being granted to women. All the laws of the 19th and early 20th century about voting rights excluded women from suffrage (Act V of 1848, Act XXXIII of 1874 and Act XIV of 1913).[21]

Although during the 1848-49 Revolution and War of Independence the press continued to emphasize women's role as men's partners in the fight for nation's integrity, Act V of 1848 expressly excluded women from suffrage (2. §). Moreover, as new statutes cancelled feudal privileges, the main class of widows were deprived of their former indirect political right to send representatives (this person was called an "ablegatus") to parliamentary and municipal sessions. This new regulation was not unique. For example, in 1786, the Constitution of the United States removed women's right to vote in those states in which it had been previously granted (New Jersey and Virginia). The French Revolution did not extend the scope of the principle of equality before the law to women either, and after 1793 even women's political activities were categorically restricted.[22]

The fight for universal suffrage in Hungary started along two lines: it sought both the extension of suffrage to women and the extension of suffrage to lower, less-propertied, less-educated groups of the population. These movements were in competition from the beginning. The feminist movements in Hungary were initiated by upper-class women, aristocrats and female intellectuals, and went beyond calling for suffrage rights. The first feminists made enormous efforts to establish educational institutions. The forerunners of the movement, Comtesse Teréz Brunszvik (1775-1861) and her niece Comtesse Blanka Teleki (1806-1862) were motivated by the conviction that education was of key importance for achieving equal civil and political rights for women. In 1866, a third woman, Hermin Beniczky Pálné Veres (1815-1895), a teacher and a learned woman herself, organized the Association for Women's Education, which she presided over for a while, and opened the first high school for girls. The basic features of the early Hungarian feminist movement were top-down efforts of dedicated upper-class women, prioritizing education and permeated by patriotic feelings.[23]

Unfortunately, practical realization of women's emancipation failed in Hungary after the suppression of the Hungarian Revolution and War of Independence. During the era of absolutism the "question of women" was neglected, and it came to prevalence again only after 1867 as a result of the work of Pálné Veres.[24]

The existence of single women who belonged to the gentry or middle- and lower classes (such as servants) or who were intellectuals, created a social problem before this as well, as no jobs suiting their social status were available. By the 1860 s this problem, which was closely connected to the lack of women's professional education, became almost irresolvable.[25] Pálné Veres was known for promoting women's rights. She founded the first school of secondary education for girls in Hungary in[26] 1869. Veres succeeded in influencing the bourgeoisie and aristocracy to acknowledge the benefits of education for children of both sexes.[27]

Organized actions started after 1861, when the Association of Hungarian Housewives was founded. Only a few years later, on the 24th of May in 1867, Pálné Veres formed the Association of Women's Education. From this moment, Hungarian women started fighting for the extension of their rights in an organized way. (In contrast, by 1850, American women were already entitled to hold meetings whenever and wherever they wanted).[28] Veres believed that scientific education for women was the most important precondition of emancipation, and she invited other women to stand up for the education of their children[29] until the age of 18 or 19. Her place in the history of the movements was secured by encouraging the active participation of women in the actions taken in their interest, she made the women's emancipation movement – namely the educational rights and existential interests of women – a social affair.[30]

Voting rights soon became part of the feminists' agenda. In 1871, during the debate on Act XXXIII of 1874 on the amendment of the electoral law, women's enfranchisement reached the parliamentary agenda through a request pleading for the restoration of their traditional rights to vote that was signed by a number of upper-class women and submitted by Pál Madocsányi, a member of the Liberal Party.[31] Parliamentarian István Majoros went further and proposal a law on the full equality of women with men. However, no progress was made towards women's suffrage.[32]

---

21 BASSA, *Mit kell tudni,* p. 41.

22 FÁBRI, *The woman and her profession*, Part I, p. 215-216.

23 KOLLONAY-LEHOCZKY, CS., Development Defined by Paradoxes: Hungarian History and Female Suffrage. In: RODRÍGUEZ-RUIZ, B., – RUBIO-MARÍN, R. (ed.), *The Struggle for Female Suffrage in Europe. Voting to Become Citizens*. Leiden-Boston, 2012, p. 421-437.

24 TELEKI, B., *"Előbb reform, azután Nőemanzipátió"* [First reform then Emancipation]. Budapest, 1848, p. 593.

25 FÁBRI, A. – BORBÍRÓ, F. – SZARKA, E. (ed.), *A nő és hivatása II., Szemelvények a magyarországi nőkérdés történetéből 1866-1895* [The woman and her profession Part II., Selected passages from history of the Hungarian women question 1866-1895]. Budapest, 2006, p. 185-243.

26 DE GUBERNATIS, A., *La Hongrie politique et sociale* (1885, in French). (= Classic Reprints). Broché, 2018, p. 332.

27 DE GUBERNATIS, *La Hongrie politique et sociale,* p. 333-4.

28 EDVI ILLÉS, P., Az amerikai nők gyűlése [Assembly of the American Women]. In: FÁBRI, *A nő és hivatása,* Part I, p. 286-290.

29 CSÁSZÁR, K., Eötvös József és az intézményes nőnevelés Somogyban [Joseph Eötvös and the education of women in Somogy county]. In: VARGA, N. (ed.), *VI. Szegedi Jogtörténeti Napok* [VI. Days of Legal History in Szeged]. Szeged, 2014, p. 49-66.

30 VERES, B.H., Felhívás a nőkhöz [An Appeal to Women]. In: *Hon* [Mother country], 1865.

31 MÁDAY, A., *A magyar nő jogai a múltban és a jelenben* [Rights of Hungarian woman in the past and in the present]. Budapest, 1913, p. 37. referenced in KÉRI, K., *Magyar nők a dualizmus korában* [Hungarian women in the age of Dualism]. PhD. Dissertation, 2009, iqdepo.hu/dimenzio/21/21-04-06/, note 67.

32 NAGYNÉ SZEGVÁRI, *A női választójog*, p. 60-69.

Women had voting rights in elections for local representatives, though they exercised them indirectly. Act XVIII of 1871 on local self-governments regulated voting rights without distinguishing between sexes: any inhabitant over the age of 20 who had paid the local government property and income tax for two years previously was entitled to vote. Half the representatives were non-elected and consisted of the highest tax-payers (virilists), and included single women. Women could vote and become non-elected representatives through a delegate authorized by them.[33]

The feminist's did not originally include suffrage in their declared goals, but it later became the centre of their efforts and was regarded as an instrument for the achievement of social, economic and cultural reforms. The Social Democrat grouping of the Hungarian feminist movement was also struggling for universal suffrage, although it did not acknowledge a separate female interest in suffrage. The most eminent representative of the Social Democrats' feminist movement was Mariska Gárdos, who founded the Hungarian Female Workers' Association in 1903. The Social Democratic feminists focused not on the difference between men and women, but on the difference between workers and the propertied classes, making the elimination of the latter their priority. Their goal was to achieve a universal right to vote in secret ballots at elections. To achieve this goal, they were ready to temporarily compromise on female suffrage.[34] There was also a Catholic-Christian feminist movement. Some of its members aimed to protect girls and adult women in vulnerable situations. However, this movement did not support women's active political role.[35]

The Hungarian feminist movement was always peaceful and Hungarian women remained realistic in 1848 too. Despite the increasing intensity of the movement between 1904 and 1914, however, it achieved no progress before 1918. In 1918, the so called 'People's Act No. I', adopted by the government of the new republic and which was a result of the peaceful civil revolution in 1918, guaranteed for the first time in Hungarian history, universal, equal suffrage for both sexes, based on party lists. No elections were held on its basis, however.

In spite of the early results of the civil era and the Hungarian Soviet Republic, there was a regression in political rights after 1919.[36] The 'post-revolutionary' election law issued by a governmental decree (No. 5985/1919) in November 1919 guaranteed progressively broad suffrage. The order reduced the number of women who were enabled to vote by 570,000 (40%). Nevertheless, in 1920 elections held on this basis were permeated by intimidation and corruption. Men and women over the age of 24 had the right to vote if they had been Hungarian citizens for six years and had been resident in their current locale for six months. Women's suffrage was also conditional on literacy, while men were exempted from the age minimum if they had performed military service for at least 12 weeks. In the interwar period, women's voting rights were still more limited than men's. A serious setback followed in 1922, when an electoral law reform (Governmental Decree No. 2200/1922) raised the voting age for women to 30 and increased the citizenship requirement to ten years and the local residence requirement to two years for both sexes. Voters had to have completed four years in elementary school for men and six for women (four if they had at least three children or earned their own income and headed a household). Both men and women were exempt from the age minimum if they had been awarded certain military medals.[37]

Act XXVI of 1925 granted suffrage to women and Act XIX of 1938 brought the age restrictions for men and women somewhat closer. The minimum age was 26 for men if they had completed all six years of elementary school, and for women if they had a secondary school diploma. Otherwise, the minimum age was 30. The elementary school requirement was waived for men who had a minimum level of literacy, were family heads, had earned a certain rank in World War I, or who were independent entrepreneurs or farmers. Women were exempted from the school requirement if they were literate and had at least three children. Besides the basic school requirements (elementary school or literacy plus three children), however, women had to meet a further precondition: either being the wife of a man who was eligible to vote or being self-sufficient. Thus, if they were eligible to vote, but their husband was not, or if they were, for example, unmarried and sustained by their father's household, they had no right to vote.[38]

General and equal suffrage was granted to men and women alike only 1945. Though female voting rights became generally accepted only in 1920 even in the United States of America and radical changes took place only after the World War II in Western Europe too.[39] However, hopes for independence and democracy were short-lived. After 1948, the country was subjugated to Soviet-style communism. The equal suffrage that seemed so precious an achievement for women turned into a bitterly empty formal right or even duty to rubber-stamp the pre-determined names of agents and puppets of a narrow group of directorial power holders.[40]

[33] KOLLONAY-LEHOCZKY, Development Defined by Paradoxes, p. 424.

[34] NAGYNÉ SZEGVÁRI, K., *A nők művelődési jogaiért folytatott harc haznánkban (1777-1914)* [Struggle for cultural rights to women in Hungary]. Budapest, 1969, p. 98-99.

[35] NAGYNÉ SZEGVÁRI, *A női választójog,* p. 102-103.

[36] PALASIK, M. (ed.), *A nő és a politikum: a nők politikai szerepvállalása Magyarországon* [The woman and the politician: the women's role in politics in Hungary]. Budapest, 2007, p. 227-257.

[37] SZABÓ, I., Das Wahlrecht. In: MÁTHÉ, G. (ed.), *Die Entwicklung der Verfassung und des Rechts in Ungarn*. Budapest, 2017, p. 646-648. See also NIZSALOVSZKY, E., *A család jogi rendjének alapjai* [Bases of the legal order of the family]. Budapest, 1963, p. 45-46.

[38] SZABÓ, Das Wahlrecht, p. 649-651; KOLLONAY-LEHOCZKY, Development Defined by Paradoxes, p. 423-437.

[39] LEHOCZKY-KOLLONAI, CS., Amerikai sikertörténet – európai változások. A női egyenjogúság a nemzetközi gyakorlatban [American success story – European changes. The female emancipation in the international practice]. In: *A hátrányos megkülönböztetés tilalmától a pozitív diszkriminációig. A jog lehetősége és korlátai* [From prohibition of discrimination until positive discrimination. The opportunities and limits of the law]. Budapest, 1998.

[40] KOLLONAY-LEHOCZKY, Development Defined by Paradoxes, p. 423-437.

4. Final remarks

Classic civil revolutions did not bring the emancipation of women. Actually, they failed in this area.[41] This paper shows that the ambitions of the women's movement to improve women's situation were only an answer to the absence of vocational training and the lack of labour rights for women. Their claims were all connected to labour and educational rights in the age of Dualism.[42]

In spite of the early results of the civil era and the Hungarian Soviet Republic, there was a regression in political rights after 1919.[43] The order that modified voting rights after 1919 reduced the number of women who were allowed to vote. In the interwar period women's voting rights were still more limited than men's. General and universal suffrage was realized only after the World War II, which was mainly true in Western-Europe too.[44]

[41] HENIG, R. – HENIG, S., *Woman and Political Power: Europe since 1945.* London - New York, 2000, p. 16.

[42] BRESZTOVSZKY, E., A magyar ipari munkásság életviszonyai a háború alatt [Living conditions of the Hungarian industrial workers during the World War]. In: *Huszadik Század*, Budapest, 1916, p. 23-24.

[43] PALASIK, *A nő és a politikum*, p. 227-257.

[44] NAGYNÉ SZEGVÁRI, *A női választójog*, p. 138-168.

Guidelines for authors

The **Journal on European History of Law** publishes posts from the field of history of law, history of legal thought and roman law. The length of a post cannot exceed 50.000 characters. It must be written in English or in German languages. All the works are reviewed. The executive editor decides on whether to publish the materials and in which order. After the review, the decision will be sent to the author by email.

The authors are responsible for the lingual and formal level of submitted papers. These levels are checked by the editorial office and some small necessary changes can be done by the editor. Corrections are possible only upon prior request.

Corrections done by the author must be returned within 4 days and no significant changes are permitted.

Supplements must be sent to the email address of editor's office: info@historyoflaw.eu

The supplements must be in the formats DOCX, DOC or RTF (MS Word). In the Word editor, use the font Times New Roman, font size 12, spacing 1,5.

If your text contains pictures or tables (only black and white), mention their meaning in the text. If the pictures are sent by electronic mail, they must be in JPG, TIFF or EPS format. All the tables, pictures and graphs must be placed somewhere in the text and also sent separately.

Since The European Society for History of Law is a non-profitable organization, there would be no payment for manuscripts published in the Journal on European History of Law.

Each work must contain:

1. **Title**. It contains (in this order, always in a new row):
Short and understandable title;
The full name and last-name of the author/s including academic titles and working-place;
Address of the author/s, including the code of the country before the postal code (for example CZ). Afterwards write down your email address.
2. **Abstract.** Summarizes the content of the work. Usually up to 10 rows. It should describe clearly the main question of the research, solution, sources and methodology (according to the type of research).
3. **Keywords.** Several terms (not more than 20 words) that characterize the work. Words from the title can be repeated.
4. **Division of the proper text.** For better orientation in the text, it should contain headings. The headings should be numbered.

Quotation from publications in English language – write down in the underlined comments in such a way:
BRAUN, A., *Kirchenrecht.* Wien, 2005, p. 151-152.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law,* vol. 6, Nr. 1, 2016, p. 25-34.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (Hrsg.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte.* Wien, 2016, p. 25-34.

Quotation from publications in German language – write down in the underlined comments in such a way:
BRAUN, A., *Kirchenrecht.* Wien, 2005, S. 151-152.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: *Journal on European History of Law,* vol. 6, Nr. 1, 2016, S. 25-34.
BRAUN, A., Zur Entwicklung des Kirchenrechts. In: KLEIN, O. (Hrsg.), *Enzyklopädie der österreichischen Rechtsgeschichte.* Wien, 2016, S. 25-34.

Peer review process

- Submitted manuscripts first undergo an in-house review by the Editors who decide on acceptance or rejection for the full review procedure, on the grounds of conformity to the formal and substantive requirements of the journal.
- If accepted, the article is then sent to two reviewers, experts in the given area of research.

Every effort is made to maintain both professional and personal independence between the author and the reviewers; however, we ask the authors to indicate the persons who have read the paper, and/or have cooperated in its completion before its submission. Also, the author may state in a separate letter the reasons why he wishes specific person should not be contacted for reviewing purposes; the editors however reserve the right of final decision on the reviewers.

Please allow two months for the completion of the review process. Based on the verdicts, we will either:
- publish the article as it is or after minor revisions (specified and subsequently reviewed by the editors), or
- ask the author for a major revision and resubmission, after which another round of external reviewing will take place, or
- decline the text for further consideration.

Although the opponents' reviews are of crucial importance, the final decision on acceptance of the article for publishing, or its rejection, is solely the right and responsibility of the editorial team and the editor-in-chief. In case of contradictory or otherwise conflicting reviews, a third one will be solicited.